

July 2015

Obligation of the Judge to Arbitrament: Analytical Study in light of the Provisions of the French Law, The Opinions of Jurisprudence, and the Decisions of the Judiciary

Ali Abdul Hameed Turki

Faculty of Law at University of Helwan, currently at the College of Law - University of Sharjah,
proflaw_t@yahoo.com

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Judges Commons](#)

Recommended Citation

Turki, Ali Abdul Hameed (2015) "Obligation of the Judge to Arbitrament: Analytical Study in light of the Provisions of the French Law, The Opinions of Jurisprudence, and the Decisions of the Judiciary," *Journal Sharia and Law*: Vol. 2015 : No. 63 , Article 3.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2015/iss63/3

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

Obligation of the Judge to Arbitrament: Analytical Study in light of the Provisions of the French Law, The Opinions of Jurisprudence, and the Decisions of the Judiciary

Cover Page Footnote

Dr. Ali Abdul Hameed Turki Associate Professor Procedural Code, Faculty of Law at University of Helwan, currently at the College of Law - University of Sharjah proflaw_t@yahoo.com

[د. علي عبد الحميد تركي]

التزام القاضي بالفصل في النزاع دراسة تحليلية في ضوء نصوص القانون الفرنسي وآراء الفقه وأحكام القضاء*

د. علي عبد الحميد تركي*

ملخص البحث:

انصبت الدراسة؛ في هذا البحث، على تناول موضوع مبدأ التزام القاضي بالفصل في النزاع، في إطار نصوص القانون الفرنسي وآراء الفقه وأحكام القضاء.

ترمي دراسة هذا الموضوع إلى إلقاء الضوء حول بعض ما يثور بشأنه من تساؤلات. فإذا كان القاضي يلتزم بالفصل في النزاع، فإنه يتعين الوقوف على حقيقة بعض الأمور، منها: تحديد من يُهيم على تحديد وقائع هذا النزاع؟ ومعرفة من يتولى إثبات تلك الوقائع؟ وما هو نطاق التزام القاضي بالفصل في النزاع؟، وما أثر عدم كفاية الأدلة على التزام القاضي؟، وما قد ينتج عن هذا الالتزام من واجب القاضي بتفسير القانون؟، وكيفية هذا التفسير؟.

اتبعنا في معالجة هذا الموضوع الأسلوب التحليلي، فتعرضنا لموقف القانون الفرنسي؛ من المسألة محل البحث، وبيننا موقف الفقه والقضاء، وأبدينا ما نراه من تحليل أو تأييد أو نقد لنص قانوني أو موقف فقهي أو قضائي.

وبينا بأن ضرورة القضاء هي نتيجة حتمية للحياة الاجتماعية، وارتباط شكل القضاء بالنظام السياسي السائد في المجتمع، والتزام القضاء بمبدأ حظر إنكار العدالة، وأن دولة القانون تستوجب التزام القاضي بالفصل في النزاع، وواجب الأطراف في تقديم الوقائع

أجيز للنشر بتاريخ ٢٠١٣/٢/١٧.
*أستاذ قانون المرافعات المُشارك - كلية الحقوق - جامعة حلوان - والمُعَار إلى كلية القانون - جامعة الشارقة.

وإثباتها، فبحثنا دور الأطراف وعبء تقديم الوقائع، ومبررات هيمنة الخصوم على كل ما يتعلق بالواقع، ودور الأطراف وعبء إثبات الوقائع، وأن هذا الإثبات ليس حكراً على الخصوم.

وتعرضنا لنطاق ومبدأ التزام القاضي بالفصل في النزاع في حالة عدم كفاية الأدلة، وسلطة القاضي في هذه الحالة، والتزام القاضي بتطبيق القواعد القانونية، وحالات إعفاء القاضي من هذا الالتزام، وافترض علم القاضي بمضمون القاعدة القانونية، ونطاق التزام القاضي بالفصل في النزاع، وبأن القانون ليس عبئاً على الخصوم وليس حكراً على القاضي.

وتناولنا فيه التحولات المعاصرة والالتزام القضائي بتفسير القانون، فوضحنا التحولات المرتبطة بتغير مهمة القاضي، والتحولات المرتبطة بالتعقيدات المتزايدة للقانون، وبعض الحلول التي تساعد القاضي في تفسير القانون.

مقدمة:

١ - ضرورة القضاء نتيجة حتمية للحياة الاجتماعية: الحياة وسط جماعة تعني؛ بالضرورة، نشأة علاقة تعامل بين أفراد هذه الجماعة. وبسبب تعارض المصالح فإن العلاقة بين أفراد المجتمع تُفضي؛ حتماً، إلى نوع من الخلاف أو النزاع. ويجب أن تسعى الدولة نحو سبيل لفض هذا النزاع، حتى لا يُصبح عامل تهديد للحياة الاجتماعية. ومن أهم هذه السبل إمكانية إحالة النزاع إلى شخص مُحايد من الغير لكي يتولى نظره والفصل فيه^(١).

(١) انظر: أ. د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة السابعة، ١٩٦٧، رقم ١، ص ٥ - الأستاذ محمد العشماوي، أ. د. عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ١٩٥٧، رقم ١١، ص ١٢ - أ. د. رزق الله الانطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، منشورات جامعة دمشق، الطبعة التاسعة، ٢٠٠١ - ٢٠٠٢، رقم ١، ص ٥ - المؤلف، الحق في التقاضي بين الاستعمال المشروع والتعسف، في مجال الدعاوي المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة البحرين، المجلد الثامن، العدد الأول، يناير ٢٠١١، رقم ١، ص ٥٣٩ - وفي القانون الفرنسي، انظر: H. SOLUS ET R. PÉROTT: Droit judiciaire privé, éd. 1963, t. 1, n. 2, p. 11 - Jean VINCENNT et Serge GUINCHARD: Procédure civile, Précis Dalloz, 21^{ème} éd., n. 2, p. 1 et s - René MOREL: Traité

[د.علي عبد الحميد تركي]

ونجد؛ في كل العصور، أشخاصاً يُسمَّون القضاة، تولوا؛ نيابة عن المجتمع، مهمة الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد. والقاضي هو شخص محايد؛ من غير أطراف النزاع، يتولى عبء تطبيق القانون في حالة مُحَدَّدة، والقضاء لكل طرف بما هو حق له. ويلزم احترام هذا القضاء تحقيقاً لشروط السلام الاجتماعي^(٢).

٢- ارتباط شكل القضاء بالنظام السياسي السائد في المجتمع: يُعتبر أداء القضاء لوظيفة الفصل في المنازعات بمثابة استجابة لضرورة مُشتركة لكل المجتمعات البشرية. ويختلف الشكل الذي يؤدي فيه القضاء وظيفته حسب شكل النظام السياسي السائد في تلك المجتمعات^(٣). فالارتباط بين السُلطة السياسية والنظام القضائي أمر قديم^(٤). وقد ظهرت وظيفة القضاء كوظيفة أولية في مرحلة تكوُّن أو نشأة الدولة الحديثة^(٥)، وفي بعض المراحل كان القضاء يتسم بوصف السيادة لارتباطه بشخص الملك^(٦).

٣- القضاء ومبدأ حظر إنكار العدالة: مع قيام الثورة الفرنسية أصبح وصف السيادة يتعلق بالدولة، وظل القضاء المظهر الأول والأساسي لهذه السمة. ومن أجل تلك السيادة المقدسة تعتمد الدولة إلى إنشاء المحاكم كي تتولى الفصل في المنازعات. ولا يقتصر الأمر عند هذا الحد، بل يُحظر على قضاة تلك المحاكم الامتناع عن الفصل في النزاع تحت أي مُبرر وإلا اعتبر ذلك إنكاراً للعدالة.

élémentaire de procédure civile 2^{ème} éd., n. 21, p. 23- SIMMEL: Le conflit, rééd. Desclée de Brouwer 1933, rééd. Circé, poche, 1995- F. TERRÉ: Au coeur du droit le conflit in La justice, l'obligation impossible.

P. RICOEUR: Le juste in L'acte de juger, Esprit 1995, p. 185. (٢) انظر:

(٣) فالنظام القضائي في مجتمع مُعين هو انعكاس للنظام السياسي السائد فيه، انظر:

L. ASSIER-ANDRIEU: Le droit dans les sociétés humaines: Nathan, Essais et Recherches, 1996- J. COMMAILLE: Formes de justice in Les mots de la justice: Droits 2002, n° 34, p. 21.

J.-P. ROYER: Histoire de la justice en France: PUF, 3e éd. 2001. (٤) انظر:

S. RIALS: L'office du juge in La fonction de juger: Droits 1989, n° 9, p. 3- F. ZÉNATI: Le citoyen plaideur in La justice, l'obligation impossible, op. cit., p. 172. (٥) انظر:

(٦) فمثلاً؛ في فرنسا، ارتبط تولي الدولة للقضاء بتاريخ الملكية. إذ في هذا العهد حل الملك ليُصبح مصدرًا لأي قضاء بدلاً من نظام القضاء الإقطاعي الذي ساد في العصور الوسطى. وحتى نهاية العصر الملكي كانت السُلطة القضائية تتسم بوصف السيادة، انظر: Lycette CORBION: Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle, JurisClasseur Civil, Fasc. 106, n. 2.

وتجسد مبدأ حظر إنكار العدالة؛ في العصر الحديث، بموجب المادة ٤ من القانون المدني الفرنسي، والتي تنص على أن: "القاضي الذي يرفض الفصل في النزاع، بحُجة سكوت أو صمت، أو غموض أو عدم كفاية القانون، يُمكن مُلاحقته جنائياً كُمتهم بإنكار العدالة"^(٧). ومؤدى هذا النص أن تطبيق القانون؛ في حالة مُحددة، ليس مُجرد رُخصة للقضاة وإنما هو اختصاص يجب عليهم مُمارسته أياً كانت الشكوك حول غموض، أو عدم كفاية، القانون واجب التطبيق^(٨).

وهكذا، لكي تضمن الدولة أداء دورها وواجبها القضائي فقد وضعت القضاة؛ المُفوضين بمباشرة الوظيفة القضائية، تحت تهديد الملاحقة الجنائية بسبب إنكار العدالة، وذلك إذا رفضوا مُباشرة مُهمتهم تحت زعم صمت، أو غموض، أو عدم كفاية، النصوص القانونية. والقول بغير ذلك يعني أنه يُمكن للقضاة؛ مثلاً، رفض أو إنكار العدالة إذا لم يكن القانون واضحاً ومُحددًا. ولا ريب أن مثل هذا الأمر سيؤدي حتماً إلى سيادة الفوضى في المُجتمع، وهذه نتيجة تتنافى مع سيادة الدولة.

والمعنى العام للمادة ٤ من التقنين المدني الفرنسي يجب أن يظل معمولاً به حتى الوقت الراهن. ومع ذلك، فإن نطاق النص يجب بحثه في ضوء التأثير الناشئ عن ظاهرتين، هما: كثرة النصوص ذات المضمون الغامض أو الفضفاض، وظهور مصادر قانونية عالمية يتعدى مداها حدود الدولة^(٩).

٤ - دولة القانون والتزام القاضي بالفصل في النزاع: تُقرر المادة ٤ من التقنين المدني الفرنسي مبدأ حظر إنكار القاضي للعدالة. وهذا الحظر يفرض؛ بالضرورة، على القاضي واجبا آخر مؤداه الالتزام بالفصل في النزاع. وبغير هذا الالتزام يضحي مبدأ كفالة حق

(٧) وتجري عبارة هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي: Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

(٨) انظر: P. MOOR: Pour une théorie micropolitique du droit, PUF 2005, spécialement p.144 et s.

(٩) انظر: Lycette CORBION: Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle,

JurisClasseur Civil, Fasc. 106, n. 5.

[د. علي عبد الحميد تركي]

التجاء الكافة للقضاء عديم المعنى^(١٠).

وحق الالتجاء للقضاء يجد أساسه في دولة القانون^(١١)؛ والتي تعني إعلاء قيم احترام الحريات والحقوق الأساسية المعترف بها للأفراد. وتحقيق ذلك يقتضي اللجوء للقضاء الذي يتولى السهر على حمايتها في حدود القانون.

وفي دولة القانون يحتل الأفراد والحقوق الخاصة بهم المقام الأول من الاهتمام، من جانب الدولة وقوانينها. ومن هنا، يترسخ الاعتقاد بأن حرمان صاحب الحق من التمسك به بصورة حقيقية يُعادل إنكار العدالة. ولهذا؛ ليس من المقبول التسامح مع انتهاك الحق في الحماية

(١٠) وتكفل هذا الحق كافة الاتفاقيات والمواثيق الدولية والإقليمية، ابتداء من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر عام ١٩٤٨، (م ١٠)، والإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان، الصادر عام ١٩٤٨، (م ١٨)، والاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، لسنة ١٩٥٠، (م ١/٦)، وإعلان الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، الصادر عام ١٩٦٣، (م ٧)، والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، الصادرة عام ١٩٦٥، (م ٦)، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الصادر عام ١٩٦٦، (م ١/١٤)، والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، الصادر عام ١٩٨١، (م ٧)، والبيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام، (م ١٩/ب)، والذي أصدرته منظمة التعاون الإسلامي عام ١٩٩٠، والميثاق العربي لحقوق الإنسان، لسنة ٢٠٠٤. كما أن التشريعات الوطنية تكفل الحق في التقاضي. إذ يكاد هذا الحق لا يخلو دستور من دساتير دول العالم من النص عليه صراحة. وبعض الدساتير وإن خلت من النص عليه، صراحة، إلا أننا نجد التشريعات العادية تؤكد عليه، أو نجد أحكام القضاء وآراء الفقه ترتقي به إلى مصاف الحقوق الدستورية - وبخصوص رأي الفقه حول الحق في التقاضي، انظر: المؤلف، الحق في التقاضي بين الاستعمال المشروع والتعسف، مجلة كلية الحقوق - جامعة البحرين، المجلد الثامن، العدد الأول، يناير ٢٠١١، رقم ١٥، ص ٥٥١، هامش رقم ٤٦ - كما أكدت المحكمة الدستورية المصرية، في العديد من أحكامها، أن التقاضي يُعد حقاً دستورياً. وتطبيقاً لذلك، انظر: دستورية عليا في ١٩٨٣/٢/٥، مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا من أكتوبر ١٩٨١ حتى ديسمبر ١٩٨٣، ج ٢، ص ٨٧، في الدعوى الدستورية رقم ٧ لسنة ٢ ق. دستورية - دستورية عليا في ١٩٨٣/١٢/٣، مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا من أكتوبر ١٩٨١ حتى ديسمبر ١٩٨٣، ج ٢، ص ١٨٢، في الدعوى الدستورية رقم ٩٢ لسنة ٤ ق. دستورية - دستورية عليا في ٢٠٠١/١/٦، في الدعوى الدستورية رقم ٩٢ لسنة ٢١ ق. دستورية، منشور بالجريدة الرسمية عدد ٣، في ١٨/١/٢٠٠١ - وحول الحق في التقاضي تقول المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنه يُعد مبدأ أساسياً لسيادة القانون في مجتمع ديمقراطي، كما أنه يُعتبر أحد المبادئ التي تُشكل هيكل النظام العام الأوروبي لحقوق الإنسان. وتطبيقاً لذلك، انظر: CEDH, du 23 mars 1995, Loizidou c. Turquie, req. n. 15318/89 - CEDH, Yvon c. France du 24 avr. 2003, req. n. 44962/98 - CEDH, Bendenoun c. France du 24 févr. 1994, req. n. 12547/86.

(١١) وحول المفهوم الضيق والمفهوم الواسع لدولة القانون، انظر:

J. CHEVALLIER: L'État de droit, Montchrestien, 5^e éd. 2006.

وعبر بعض الفقه عن مفهوم دولة القانون بالقول: "إننا انتقلنا من دولة محكومة بالقانون، تعترف فقط بشرعية الحقوق الموضوعية، إلى دولة محكومة بالقضاء الذين يضمنون الحريات الشخصية، انظر: R. MACIC: Vom Gestzstaat zum Richterstaat, Springer, Wien, 1957 et pour une approche critique, J. Bouveresse, L'impuissance du juge in, Figures de justice, Études en l'honneur de J.-P. Royer, Centre d'histoire judiciaire 2004, p. 553.

القضائية، وذلك لأن هذا الحق هو شرط لتحقيق كافة الحقوق الأخرى للشخص. فالحق في الحماية القضائية هو في مقدمة الحقوق الأساسية التي يتعين كفالة تحقيقها.

وتحت تأثير القانون الأوروبي، فقد تزايد الاهتمام الشديد؛ في السنوات الأخيرة، بإعطاء نطاق جديد للمادة ٤ من التقنين المدني الفرنسي^(١٢) لدرجة أن عبر البعض عن ذلك بالقول: "إعادة انبعاث إنكار العدالة"^(١٣). "résurgence du déni de justice".

٥- موضوع ونطاق الدراسة: تنصب الدراسة؛ في هذا البحث، على تناول موضوع فكرة التزام القاضي بالفصل في النزاع، في إطار نصوص القانون الفرنسي وآراء الفقه وأحكام القضاء. وترمي دراسة هذا الموضوع إلى إلقاء الضوء حول بعض ما يثور بشأنه من تساؤلات. فإذا كان القاضي يلتزم بالفصل في النزاع، فإنه يتعين الوقوف على حقيقة بعض الأمور، منها: تحديد من يهيم على تحديد وقائع هذا النزاع؟، ومعرفة من يتولى إثبات تلك الوقائع؟، وما هو نطاق التزام القاضي بالفصل في النزاع؟، وما هو أثر عدم كفاية الأدلة على التزام القاضي؟، وما قد ينتج عن هذا الالتزام من واجب القاضي بتفسير القانون؟، وكيفية هذا التفسير؟^(١٤).

(١٢) W. BARANES et M.-A. FRRISON-ROCHE: Le souci d'effectivité du droit, D. 1996, chron. p. 301 s. انظر: L. FAVOREU: Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge in, Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline, Dalloz 2002, p. 513.

(١٤) وينبغي التنويه بأن التزام القاضي بالفصل في النزاع يعني؛ بالضرورة، حق الخصوم في الحصول على حكم قضائي في النزاع القائم بينهم؛ سواء تعلق هذا الحكم بموضوع النزاع أو بإجراءات الخصومة. وحق الخصوم في الحصول على حكم قضائي يفترض بداية كفالة الدولة لحق الكافة في اللجوء للقضاء، وهذا يتطلب أن يكون اللجوء إلى جهة لها وصف المحكمة، وأن تكون تلك المحكمة مستقلة ومحيدة، وأن تلتزم الدولة بإتاحة الحق في التقاضي بصورة فعلية ودون تمييز ودون عوائق قانونية؛ كتحصين بعض الأفعال أو المراكز القانونية من الرقابة القضائية، أو عوائق واقعية؛ كأن تكون جهات التقاضي بعيدة أو المغالاة في فرض الرسوم والأعباء القضائية. أيضاً؛ الحق في الحصول على حكم قضائي في النزاع يجب أن يكون في مدة معقولة، وألا يتعارض هذا الحكم مع حكم آخر. وإذا لم يرقم القاضي بإصدار حكم في النزاع المعروض عليه فإنه يكون أخل بالتزامه بالفصل في النزاع وبحق الخصوم في الحصول على الحماية القضائية مما يعرضه للمساءلة المدنية (نظام المخاصمة) والمساءلة الجنائية (إنكار العدالة). ولا ريب أن كل هذه المسائل؛ وخاصة جزاء أو مسئولية إخلال القاضي بالتزامه بالفصل في النزاع، جديرة بالبحث والدراسة. ومع ذلك؛ فقد رأينا أن المسائل سالفة الذكر هي من السعة والشمولية التي تجعلها تستأهل الدراسة على نحو مستقل. فجزاء إنكار العدالة في القانون الفرنسي هو مساءلة القاضي مدنياً وجنائياً. والمساءلة المدنية تتمثل في نظام مخاصمة القاضي؛ وهذا النظام يقتضي تناول ما ينطوي عليه من تفاصيل وأحكام خاصة، ومدى مسئولية الدولة عند القضاء ضد القاضي المخاصم، وموقف القضاء الأوروبي من نظام المخاصمة، وكذلك موقف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من المخاصمة.

[د.علي عبد الحميد تركي]

٦- تقسيم: موضوع التزام القاضي بالفصل في النزاع؛ وعدم إنكار العدالة، يقتضي تناوله في مطلبين؛ كل منهما ينطوي على تفصيلات فرعية، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: واجب الأطراف والتزام القاضي بالفصل في النزاع. وقسمنا هذا المطلب بدوره إلى فرعين:

الفرع الأول: واجب الأطراف في تقديم الوقائع وإثباتها. وينقسم إلى فرعين:

أولاً: الأطراف وعبء تقديم الوقائع.

ثانياً: الأطراف وعبء إثبات الوقائع.

الفرع الثاني: نطاق التزام القاضي بالفصل في النزاع. وينقسم هذا الفرع إلى:

أولاً: التزام القاضي بالفصل في النزاع في حالة عدم كفاية الأدلة.

ثانياً: التزام القاضي بتطبيق القواعد القانونية.

المطلب الثاني: التزام القاضي بتفسير القانون. وعالجنا هذا الموضوع في فرعين:

الفرع الأول: التزام القاضي بالتفسير في حالة غياب القانون.

الفرع الثاني: التحولات المعاصرة والالتزام القضائي بتفسير القانون.

الخاتمة: وفيها عرضنا لأهم ما توصلنا إليه من نتائج البحث وما رأيناه من توصيات.

المطلب الأول

واجب الأطراف والتزام القاضي بالفصل في النزاع

٧- واجب الخصوم وواجب القاضي في الخصومة: من المأثور عن القانون الروماني القول: "أعطني الواقع، أعطك القانون"^(١٥). ويُعبر عن ذلك في اللغة اللاتينية بالقول: "Da mihi factum, dabo tibi jus" وفي الفرنسية بالقول: "Donne-moi le fait, je te donnerai le droit" وقد ظلت السلطات المتبادلة للقاضي والأطراف؛ في القضية المدنية، تستجيب لهذا

(١٥) وحول هذا القول المأثور، انظر: J. DUPICHOT: L'adage " Da mihi factum, datro tibi jus ", Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005, 425.

القول بشكل كبير طوال الوقت، وحتى الوقت الراهن.

ومن المبادئ المقررة في القضية المدنية؛ في الوقت الراهن، مبدأ ملكية الأطراف للخصومة. ويعني هذا المبدأ أن تحديد عناصر الواقع في الخصومة أمر يتعلق بالأطراف، وذلك من خلال ما يطرحونه من ادعاءات. أما دور القاضي فهو إدارة سير الخصومة والفصل في النزاع من خلال تطبيق القواعد القانونية^(١٦). وبعبارة أخرى؛ توزيع سلطات الخصوم والقاضي في الخصومة يتوقف على التمييز بين الواقع والقانون^(١٧). فكل ما يتعلق بالواقع يدخل في سلطة وواجب الخصوم، أما كل ما يتصل بالقانون فذلك يندرج ضمن مهام وواجبات القاضي.

٨- تقسيم: تناول موضوع هذا المطلب اقتضى دراسته في فرعين، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: واجب الأطراف في تقديم الوقائع وإثباتها.

الفرع الثاني: التزام القاضي بالفصل في النزاع.

الفرع الأول

واجب الأطراف في تقديم الوقائع وإثباتها

٩- تمهيد وتقسيم: لكي يكون الادعاء قائماً على أساس سليم يلزم أن يستدعي الأمر تطبيقاً لقاعدة قانونية، وأن تستجيب الوقائع المطروحة في الدعوى لشروط تطبيق هذه القاعدة. وهنا يثور تساؤل أساسي حول معرفة المجال الذي يحتفظ فيه المتقاضون بالهيمنة على النزاع؛ الذي يتعلق بصفة عامة بمصالحهم الخاصة.

وقد تبنى قانون المرافعات الفرنسي مفهوماً مؤداه أن تقديم الوقائع وإثباتها يقع ضمن

(١٦) وحول نتائج غياب اهتمام الأطراف بسير الخصومة، انظر:

J.-P. DINTILHAC: La gestion des procédures civiles dans le temps in, Justice et Cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz 2007, p. 44.

(١٧) غير أن التمييز بين الواقع والقانون؛ في نظر الفقه، لم يتحدد بشكل قاطع، انظر:

J. NORMAND: Principe directeurs du procès, office du juge, fondement des prétentions litigieuses J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 152, n. 6- C. BLÉRY: Des effets dévastateurs du principe de concentration des moyens, Procédures 2010, focus n° 1- G. BOLARD: L'office du juge et le rôle des parties, entre arbitraire et laxisme, JCP G 2008, I, 156- C. LEFORT: Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard, Dalloz, 2010, p. 807 s.

[د.علي عبد الحميد تركي]

مجال واجب الأطراف^(١٨). ومع ذلك؛ احتفظ المشرع للقاضي بدور في مجال الواقع، بشرط احترام مبدأ المواجهة^(١٩).

ولمعالجة موضوع هذا الفرع فقد تناولناه على النحو التالي:

أولاً: الأطراف وعبء تقديم الوقائع. ثانياً: الأطراف وعبء إثبات الوقائع.

أولاً: الأطراف وعبء تقديم الوقائع:

١٠- (١)- ادعاء الواقع يقع على عاتق الخصوم: يهيمن الأطراف على الواقع، وتُستخلص هذه الهيمنة من نصوص المواد من ٦ إلى ١١ من تقنين المرافعات الفرنسي. ووفقاً للمادة ٦ يقع على عاتق الأطراف ذكر الوقائع التي تدعم تأسيس ما يطرحونه من ادعاءات^(٢٠). ومؤدى هذا النص أنه يقع على الأطراف؛ وعليهم فقط، تحديد الوقائع التي يرغبون في طرحها أمام القاضي والتمسك بها دعماً لادعاءاتهم^(٢١). فليس للقاضي أن يسلك البحث عن الوقائع من تلقاء نفسه^(٢٢)، بل ذلك ممنوعاً عليه بمقتضى المادة ١/٧ من تقنين المرافعات الفرنسي، ومؤداها: "أن القاضي لا يمكنه تأسيس حكمه على وقائع ليست مطروحة عليه"^(٢٣).

(١٨) وكان للعلامة الفرنسي MOTULSKY دوراً بارزاً في تحديد دور القاضي والأطراف في القضية، انظر: H.

MOTULSKY: Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile, D. 1972, chron. p. 91, n° 31 s.

(١٩) انظر: Cl. PARODI: L'esprit général et les innovations du [...] Code de procédure civile, éd. Defrénois 1976- V. également G. CORNU: Regards sur le titre III du livre III du Code civil, Cours DEA, Paris 1977, n° 183 s- Rapport de synthèse au XIe colloque Institut d'Études judiciaires, Poitiers, 1977, p. 120- Obs. RTD civ. 1977, p. 569- G. BOLARD: Les principes directeurs du procès civil. Le droit positif depuis Motulsky, JCP G 1993, I, 3093.

(٢٠) وتجري عبارة هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي:

à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder.

(٢١) وحول مسألة واجب الأطراف في تقديم الوقائع، انظر:

Ph. BLONDEL: Le fait, source de droit in Mélanges Draï, Dalloz, 2000, 203- G. BOLARD: Les faits tires du dossier in Mélanges Jacques Normand, Litec, 2003, p. 43- J. NORMAND: Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain, RTD civ. 1998, p. 461.

(٢٢) وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 3° civ., 4 déc. 1984: JCP G 1985, IV, p. 60- Cass. 3° civ., 8 juill. 1987: JCP G 1987, IV, p. 319- Cass. 2° civ., 20 déc. 2007: n° 06-20.260, JurisData n° 2007-042122.

(٢٣) وتجري عبارة هذه الفقرة باللغة الفرنسية كالتالي:

Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits que ne sont pas dans le débat.

وتطبيقاً لهذه الفقرة: فُضي بأنه إذا أخذت المحكمة في اعتبارها ظروف واقعة لم تكن مطروحة في الدعوى واستخلصت منها خطأ أحد الأطراف، فإنها تكون خالفت القانون، انظر:

١١- (٢)- مبررات هيمنة الخصوم على كل ما يتعلق بالواقع: ترجع هذه المبررات إلى أمرين، هما: احترام مبدأ المواجهة، ومبدأ ملكية الأطراف للخصومة.

١٢- (أ)- مبدأ المواجهة: احتراماً لهذا المبدأ، تؤكد أحكام القضاء الفرنسي؛ منذ وقت طويل، على أن القاضي لا يُمكنه تأسيس حكمه على نتيجة التحقيقات الشخصية التي تتم خارج الجلسة وفي غياب الأطراف^(٢١)، كما لا يُمكنه القضاء بعلمه الشخصي عن وقائع النزاع^(٢٢).

وفي هذا الصدد؛ يجب عدم الخلط بين العلم الشخصي للقاضي بالوقائع؛ والذي يُحظر القضاء استناداً عليه، وبين التحقيقات الشخصية التي يُجريها القاضي بمقتضى المواد من ١٧٩- ١٨٣ من تقنين المرافعات الفرنسي^(٢٣). فالتحقيقات المنصوص عليها في هذه المواد هي

Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006: Bull. civ. 2006, I, n° 505- V. aussi, Cass. 3^e civ., 8 juin 2010, n° 09-10.465, JurisData n° 2010-008964- Cass. 1^{re} civ., 4 oct. 2000: JCP 2000, IV, 2714.

كما قُضي بأن الواقعة التي يُقدمها أحد الخصوم في مذكرة وقت حجز الدعوى للحكم دون اطلاع الخصم الآخر عليها تُعتبر غير مطروحة على القاضي. ومن ثم؛ لا يجوز لهذا الأخير؛ عملاً بمبدأ المواجهة، أن يؤسس حكمه استناداً عليها. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. com., 16 juin 1981: RTD civ. 1982, p. 460, obs. Normand.

ومع ذلك؛ إذا كان ممنوعاً على القاضي استبدال طلب آخر بالطلب المطروح أمامه فليس ممنوعاً عليه أن يستمد أسباب حكمه؛ بالنسبة للطلب المعروض أمامه، من مختلف عناصر الدعوى حتى ولو كانت الوقائع التي يستند عليها لم يتمسك بها الأطراف في طلباتهم الختامية. وقد قُضي بأنه إذا لم يتمسك الموظف بواقعة خلط خطاب قرار الفصل من العمل من ذكر سبب الفصل، فإن ذلك لا يمنع المحكمة من أن تستمد أسباب حكمها من هذه الواقعة باعتبار أنها مطروحة بالضرورة في الدعوى. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. soc., 5 juin 2001: Bull. V, n° 210- V. aussi, Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 1984: D. 1985, inf. rap. p. 265, obs. Julien- Cass. soc., 17 janv. 2002: D. 2002, 2704.

(٢٤) وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. civ., 7 juill. 1913: DP 1916, I, p. 109- Cass. 2^e civ., 21 mars 1958: JCP A 1958, II, 10600, note G.M.- Cass. 2^e civ., 25 oct. 1972: Bull. civ. 1972, II, n° 255- Cass. 2^e civ., 25 févr. 1976: Bull. civ. 1976, II, n° 67- Cass. 2^e civ., 6 juill. 1978: Bull. civ. 1978, II, n° 182- Cass. soc., 7 janv. 1987: JCP G 1987, IV, p. 84- Cass. com., 29 mai 1990: Bull. civ. 1990, IV, n° 117.

(٢٥) وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. soc., 6 janv. 1950: D. 1950, p. 279- Comp. Cass. 2^e civ., 25 oct. 1972: Bull. civ. 1972, II, n° 255.

وحول نطاق حظر قضاء القاضي بعلمه الشخصي، انظر:

J. CHEVALLIER: Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles, RTD civ. 1962, p. 5 s.- H. LE FOYER DE COSTIL: Les connaissances personnelles du juge, RTD com. 1986, p. 517 s.- H. SOLUS et R. PERROT: Droit judiciaire privé, t. III, n° 95.

(٢٦) وحول التمييز بين العلم الشخصي للقاضي بالوقائع وبين التحقيقات التي يُجريها بنفسه، انظر:

S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS: Les controverses doctrinales en matière de cause, Procédure civile, n° 637- J. HÉRON et T. LE BARS: Droit judiciaire privé, n° 265.

[د.علي عبد الحميد تركي]

في واقع الأمر من إجراءات التحقيق التي تسمح للقاضي بالتحقق من الوقائع بنفسه. ووفقاً للمادة ١٧٩: "يُمكن للقاضي؛ في أي مسألة، الاطلاع على الوقائع المتنازع عليها بقصد أن يتحقق منها بنفسه، ويكون ذلك في حضور الأطراف أو بعد دعوتهم للحضور. ويُمكن للقاضي إجراء التحقيقات والتقدير التي يُقدر أنها ضرورية، وله أن ينتقل للمُعينة عند الضرورة"^(٢٧).

ورغم أن التحقيقات الشخصية؛ التي يُجريها القاضي بنفسه، تُعتبر لازمة لحسن فهم مُعطيات النزاع، وتدخل ضمن السلطات الجديدة المقررة للقاضي بالنسبة لعناصر النزاع في قانون المرافعات الفرنسي الجديد^(٢٨)، إلا أنه يلزم احترام مبدأ المواجهة فيها^(٢٩). ولهذا؛ يجب أن تكون تلك التحقيقات في حضور الأطراف، أو بعد دعوتهم للحضور. ومن ثم؛ يمتنع على القاضي أن يأخذ في اعتباره؛ عند الحكم في النزاع، ما يتوصل إليه من معلومات شخصية عن الوقائع دون إجراء التحقيق الشخصي الذي يتم فيه احترام مبدأ المواجهة من خلال مُناقشة الأطراف لعناصر الدليل^(٣٠).

١٣- (ب)- مبدأ ملكية الأطراف الخصومة: يُعد هذا المبدأ الأساس الحقيقي لهيمنة

(٢٧) وتجري عبارة هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي:

Le juge peut, afin de les vérifier lui-même, prendre en toute matière une connaissance personnelle des faits litigieux, les parties présentes ou appelées. Il procède aux constatations, évaluations, appréciations ou reconstitutions qu'il estime nécessaires, en se transportant si besoin est sur les lieux.

ومن التطبيقات القضائية لهذه المادة، انظر:

Cass. 1^{er} civ., 4 fevr. 1992: D. 1992, 182, note P. Y. Gautier- CA Paris, 21 juin et 6 juill. 1988: Gaz. pal. 1988, 699, note Laurin.

M. JEANTIN: Vérifications personnelles du juge, 1994, Fasc. 657.

(٢٨) انظر:

(٢٩) إذ يجب على القاضي احترام، وأن يعمل على احترام، مبدأ المواجهة، انظر:

G. BOLARD: Les faits tirés du dossier, n° 6 s.- Cass. 3^e civ., 19 déc. 1995: Bull. civ. 2000, III, n° 105

(٣٠) فيمتنع على القاضي استشارة الغير بعيداً عن حضور الأطراف. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. soc., 8 mai 1952: D. 1952, p. 796- Cass. 2^e civ., 10 juill. 1968: JCP G 1968, IV, p. 156- Cass. 2^e civ., 30 nov. 1978: Bull. civ. 1978, II, n° 261- Cass. soc., 7 mai 1986: Gaz. pal. 1986, 2, pan. jurispr. p. 189.

كما يمتنع على القاضي الاعتماد على المعلومات المُستمدة عبر التليفون. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. com., 29 mai 1990: Bull. civ. 1990, IV, n° 117.

أيضاً؛ لا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه على إجراءات لم تخضع لمناقشة الأطراف في الخصومة، وإنما تمت في خصومة مُماثلة بين أطراف آخرين. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. soc., 10 juill. 1980: Bull. civ. 1980, V, n° 653.

الأطراف على ادعاء الوقائع^(٣١). ومُفاد ذلك أن أطراف الخصومة يملكون التصرف في الحقوق التي تُشكل موضوع ادعاءاتهم، ويملكون اختيار الوقائع التي يُمكن أن تتأسس عليها تلك الادعاءات. والوقائع قد تتعلق بجوانب الحياة الشخصية للخصوم، أو بحياتهم العائلية، أو بنشاطهم المهني. ولذلك؛ يجوز للأطراف الكشف فقط عن الوقائع التي يقدرُون أنها مُفيدة لهم^(٣٢)، والمُخاطرة بإخفاء البعض الآخر منها. ودور القاضي؛ في هذا الصدد، هو الفصل فيما يُطرح عليه من وقائع^(٣٣).

وهكذا؛ لا يملك القاضي؛ من حيث المبدأ، اتخاذ أي مُبادرة في مجال ادعاء الوقائع^(٣٤). فمع وضوح عبارة المادة ٦ من قانون المُرافعات الفرنسي يتبين أن التحقيقات التي يُجريها القاضي؛ بغرض التقصي عن حقيقة أمر ما، تظل في الغالب غريبة على مهمته الأساسية، وهي: الفصل في النزاع المعروض عليه.

١٤- (٣)- ضرورة أن تكون الوقائع مؤثرة في الدعوى: مع التسليم بهيمنة أطراف الخصومة على تقديم الوقائع، إلا أنه يجب أن تكون تلك الوقائع ذات طبيعة تعمل على تأسيس ادعاءاتهم. أي أن تكون الوقائع حاسمة، أو ذات صلة بموضوع النزاع^(٣٥). وتكون الوقائع قاطعة إذا لم يُنزع فيها الخصم الآخر، وإذا كانت ثابتة بالنسبة للقاضي. وبغير ذلك يتعين على هذا الأخير دعوة الخصم؛ الذي قدم الوقائع محل النزاع، لتقديم عناصر الدليل

(٣١) انظر: R. MOREL: Traité élémentaire de procédure civile, Sirey, 2^e éd. 1949, n° 471.

(٣٢) انظر: R. MARTIN: Réflexions sur l'instruction du procès civil, RTD civ. 1971, p. 309 s., n° 39- P. CHAPLET: La réforme judiciaire et ses options, S. 1959, chron. p. 47.

(٣٣) انظر: G. BOLARD: L'arbitraire du juge, Mélanges P. Drat, Dalloz 2000, p. 225, spéc. n° 4 à 11- S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAIAIS: Op., cit., n° 673.

(٣٤) ومع ذلك فإن هذا المفهوم كان محل نقاش في بعض الأحيان، انظر: A. TISSIER: Le centenaire du Code de procédure civile et les projets de réforme, RTD civ. 1906, p. 654.

(٣٥) وقُضي في هذا الصدد بأن الرفض هو المصير القانوني للطلب، إذا لم تكن الوقائع التي يتمسك بها الخصم ثابتة وذات طبيعة تعمل على تأسيس الادعاء. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 2^e civ., 10 mai 1991: JCP 1991, IV, 258- Cass. 2^e civ., 24 mars 1971: Bull. II, n° 130- S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAIAIS: Op., cit., n° 670- G. BOLARD: Dalloz Action Procédure civile, n° 221-91.

ولكن المُدعي ليس مُلزماً بتحديد النص القانوني الذي يُقيم عليه دعواه. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. civ., 27 avr. 1931: DH 1931, 348- Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 1954: JCP 55, II, 8745, note Savatier.

[د.علي عبد الحميد تركي]

عليها^(٣٧).

وتجدر الإشارة أنه قد تتمتع الأطراف بالإعفاء من ادعاء الواقعة في بعض الأحيان. فقد تستعمل الأطراف أفكاراً قانونية عامة لوصف الحالة المعروضة. ومثال ذلك: عبارة بيع، أو عقد عمل، أو عقد زواج،... الخ. أيضاً، قد يُعفي القانون؛ صراحة أو ضمناً، من ادعاء الواقعة. فمثلاً؛ لا يلزم ادعاء حُسن النية، لأن ذلك مُفترض دائماً عملاً بالمادة ٢٢٧٤ من القانون المدني الفرنسي. أيضاً؛ التمسك بعقد لا يقتضي الادعاء بصحته. إذ من يُريد القول بوجود عيب في ركن الرضا، أو الادعاء بعدم مشروعية السبب، عليه أن يتمسك بهذا السبب للبطلان^(٣٨). وعلى أية حال؛ عند المنازعة في واقعة مُعينة يتعين على من يتمسك بها إقامة الدليل على صحتها: أي إثبات الواقعة.

ثانياً: الأطراف وعبء إثبات الوقائع:

١٥- (١)- إثبات الوقائع يقع على عاتق الخصوم: مبدأ هيمنة أطراف الخصومة على ادعاء الوقائع ينشأ عنه عبء إثباتها. وهذا ما تنص عليه المادة ٩ من قانون المرافعات الفرنسي، بالقول: "يقع على عاتق كل طرف أن يثبت؛ وفقاً للقانون، الوقائع الضرورية لنجاح ادعائه"^(٣٨). ووضع إثبات الوقائع ضمن المجال الخاص بالأطراف يدل على أن المادة (٩) هي امتداد للمادة (٦) من قانون المرافعات الفرنسي؛ والتي توجب على الأطراف تقديم الوقائع التي تدعم ادعاءاتهم.

والإثبات ليس حقاً للأطراف بقدر ما هو عبء عليهم، فإذا عجز الخصم عن إثبات حقه

(٣٦) انظر: L. CADIET et E. JEULAND: Op. cit., n° 535- T. Le BARS: La théorie du fait constant, JCP 1999, I, 178- J. HÉRON et T. Le BARS: n° 263- G. BOLARD: Dalloz Action Procédure civile, n° 221-92 et 103- O. LAGRANGE: La collaboration en droit processuel, thèse Nantes, 2007, n° 470 s.

BOLARD: Dalloz Action Procédure civile, n° 221-95.

(٣٧) انظر:

(٣٨) وتجري عبارة هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي: Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.

وحول ضرورة أن تكون طريقة الإثبات تتفق مع القانون، انظر: Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1999: Rev. crit. DIP 1999, 293, note Huet- Cass. 1^{re} civ., 24 fév. 1959: Rev. crit. DIP 1959, 368, note Y. L.

خسر القضية^(٣٩). ويتعين على الخصوم؛ أثناء عملية الإثبات، احترام مبدأ الأمانة والصدق، والامتناع عن أي غش، وعدم انتهاك القانون^(٤٠).

١٦ - (٢) - إثبات الوقائع ليس حكراً على الخصوم؛ ويُستفاد ذلك من نص المادة (١٠) من قانون المرافعات الفرنسي؛ والتي تقضي بأن: "القاضي يملك سلطة الأمر من تلقاء نفسه بكل إجراءات التحقيق المقبولة قانوناً"^(٤١). ومؤدى هذا النص أن القاضي ليس بحاجة لطلب الأمر بإجراء من إجراءات التحقيق، وإنما يُمكنه القيام به من تلقاء نفسه^(٤٢). كما أن الأمر بإجراء من إجراءات التحقيق يتعلق بمُجرد رُخصة للقاضي، فهو من يملك سلطة استعمالها من عدمه^(٤٣). ويكشف الواقع العملي أن استعمال القاضي لهذه الرُخصة يتم في أضيق الحدود^(٤٤).

وتجدر الإشارة أنه يجب فهم المادة ١٠ من قانون المرافعات الفرنسي في ضوء المادة ١/٧ من ذات القانون، والتي تُقرر بأن القاضي لا يُمكنه تأسيس حكمه على وقائع ليست مطروحة في

(٣٩) انظر: L. CADIET et E. JEULAND: Op. cit., n° 538- G. BOLARD: Dalloz Action Procédure civile, n° 221-101- Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2005: JCP 2005, I, 183.

(٤٠) فمثلاً: تسجيل مُحادثة تليفونية دون علم الخصم الآخر يُعتبر أمراً غير مشروع. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. com., 13 oct. 2009: n° 08-19.525, JurisData n° 2009-049941, Procédures 2009, comm.. 390, par R. Perrot et comm... 403, par A. Bugada.

وفي المقابل قُضي بأن الاطلاع على الرسائل النصية عبر الهاتف دون علم الزوج؛ كاتب تلك الرسائل، يصلح لإثبات زنا هذا الزوج. وذلك بشرط ألا يكون الحصول على الرسائل نتيجة غش، أو انتهاك للنصوص القانونية. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 1^{re} civ., 17 juin 2009: n° 07-21.796, JurisData n° 2009-048627, Procédures 2009, comm.. 323, par M. Douchy-Oudot- X. LAGARDE: Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change, JCP G 2005, I, 133.

(٤١) وتجري عبارة هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي:

Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissible.

وحول سلطة القاضي المدني في مجال الإثبات، انظر:

G. TARZIA: Les pouvoirs du juge civil en matière de preuves: Mélanges Perrot, Dalloz 1996, 469.

(٤٢) وقُضي بأنه، في حالة المنازعة الخاصة بسبب وفاة أحد المؤمن عليهم، يدخل في مُهمة القاضي الأمر بخبرة قضائية تُحول الخبر الاطلاع على الملف الطبي للمتوفي بغرض تحديد سبب الوفاة. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2000: Bull. I, n° 87.

(٤٣) فإذا كان من شأن إجراء التحقيق بيان حقيقة وقائع الدعوى، فإن القاضي يأمر به. ولا حاجة لهذا الإجراء إذا تعلق بوقائع قرر القاضي استبعادها من الدعوى. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 1^{re} civ., 2 févr. 1966: JCP 1966, II, 14841, note Catala- Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1998: Bull. I, n° 196.

J. HÉRON et T. LE BARS: Droit judiciaire privé, n° 261.

(٤٤) انظر:

[د.علي عبد الحميد تركي]

الدعوى^(٤٥). ومن ثم؛ لا يُمكن للقاضي إدخال وقائع جديدة في الدعوى من خلال إجراءات التحقيق التي يأمر بها عملاً بالمادة (١٠). إذ الهدف من إجراءات التحقيق هذه يقتصر على إزالة حالة الشك، أو عدم اليقين، لدى القاضي حول إثبات الوقائع التي سبق تقديمها من الخصوم^(٤٦).

وإذا نشأ عن إجراء التحقيق الذي يأمر به القاضي؛ عملاً بالمادة (١٠)، إدخال وقائع جديدة وجب عليه عدم التعويل عليها وإلا تعرض حكمه للنقض. ومع ذلك؛ فإن هذه الوقائع الجديدة تُعتبر ضمن العناصر المطروحة في النزاع إذا قام أحد الخصوم بالتمسك بها لصالحه. وهكذا؛ فإن المادة (١٠) لا تحظر على القاضي حظراً مطلقاً إدخال وقائع جديدة في الدعوى. ولكن الإدخال لا يُمكن أن يكون مباشراً، بل يقتضي مناقشة الخصوم للوقائع الجديدة مع القاضي، وأن يقوم أحد الخصوم بالتمسك بها لصالحه حتى تُعتبر ضمن العناصر المطروحة في الدعوى^(٤٧).

١٧ - (٣) - التزام الخصوم بتقديم مُساعدتهم في إجراءات التحقيق^(٤٨): وهذا الالتزام تُقرره المادة (١/١١) من قانون المرافعات الفرنسي؛ حيث تنص على أنه: "يلتزم الأطراف بتقديم مُساعدتهم في إجراءات التحقيق، ويحتفظ القاضي باستخلاص النتيجة المترتبة على امتناع أو

(٤٥) وعملاً بهذه الفقرة قُضي بأنه لا يجوز للقاضي أن يستخلص خطأ الخصم من واقعة غير مطروحة في الدعوى. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006: Bull. I. n° 505- Cass. 1^{re} civ., 4 oct. 2000: JCP 2000, IV, 2714-Cass. com., 4 août 1994: Bull. IV, n° 271.

هذا مع مُراعاة أن المادة ٢/٧ من قانون المرافعات الفرنسي تنص على أن القاضي يستطيع أن يأخذ في اعتباره الوقائع المطروحة ضمن عناصر الدعوى، حتى ولو أن الخصوم لم يتمسكوا بتلك الوقائع دعماً لادعاءاتهم. وتطبيقاً لهذه المادة، انظر: Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 1978: Bull. I, n° 16- Cass. com., 5 mars 1980: RTD civ. 1980, p. 601, obs. Normand.

وحكم المادة ٢/٧ هو مُجرد رُخصة لقاضي الموضوع، ومن ثم لا عليه إن هو لم يستعملها. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. soc., 6 janv. 1961: Bull. IV, n° 12- Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 1982: JCP 1982, IV, 307.

ويُشترط لاستعمال هذه الرُخصة ألا يتجاوز القاضي نطاق الادعاءات المحددة في الطلبات الختامية للخصوم. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. com., 20 juill. 1961: Bull. III, n° 261- Cass. 2^e civ., 6 juill. 1978: Bull. II, n° 182. (٤٦) انظر:

G. TARZIA: Les pouvoirs du juge civil en matière de preuves: Mélanges Perrot, Dalloz 1996, 469.

(٤٧) انظر: J. HÉRON et T. LE BARS: Droit judiciaire privé, n° 261- Contra R. MARTIN: Le fait et le droit, ou les parties et le juge, JCP 1974, I, 2625- T. Le BARS: Le défaut de base légale en droit judiciaire privé, thèse LGDJ, 1997, n° 345 s.

M.-A FRISON ROCHE: J.-Cl. Proc. Civ. Fasc. 620.

(٤٨) حول هذه المسألة، انظر:

رفض تقديم هذه المساعدة^(٤٩). وإعمالاً لهذا النص قضت محكمة استئناف Lyon بأنه إذا رفض أحد الخصوم الخضوع لأمر القاضي بإجراء تحليل الدم؛ في دعوى إثبات النسب، فإن القاضي يُحدد النسب وفقاً لما هو أقرب للواقع والحقيقة^(٥٠)، كما له رفض الحكم بثبوت النسب^(٥١).

كما تُقرر المادة (١١ / ٢)؛ من القانون سالف الذكر، بأنه: "إذا كان أحد الأطراف يجوز أحد أدلة الإثبات، يُمكن للقاضي؛ بناء على طلب الخصم الآخر، أن يأمره بتقديمها، مع الحكم عليه بالغرامة إذا لزم الأمر. ويُمكن للقاضي؛ بناء على عريضة من أحد الخصوم، أن يطلب أو يأمر؛ مع الحكم بالغرامة إذا لزم الأمر، بتقديم كل المستندات الموجودة لدى الغير ما لم يوجد عائق قانوني من تقديمها"^(٥٢).

وإعمال حكم الفقرة سالفة الذكر يقتضي تقديم طلب للقاضي. ومن ثم؛ لا يجوز النعي على محكمة الموضوع عدم قيامها؛ من تلقاء نفسها، بالأمر بتقديم المستندات في الدعوى طالما لم يُطلب منها ذلك^(٥٣). وإذا قدم أحد الخصوم طلباً للقاضي يلتزم فيه الأمر بتقديم المستندات فإن هذا الطلب يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع. إذ سلطة الأمر بتقديم المستندات هي مجرد رخصة يخضع استعمالها للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع^(٥٤).

ويُشترط لإعمال المحكمة لسلطتها التقديرية؛ في هذا المجال، ألا يكون هناك عائق أو مانع قانوني يحول دون تقديم المستندات. ومن أمثلة المانع القانوني: انتهاك سرية الحسابات

(٤٩) وتجري عبارة هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي: Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction, sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

وتطبيقاً لذلك: قُضي بأنه من مهمة القاضي أن يطلب من أحد الأطراف تقديم أي مُستند يرى أنه ضرورياً في توضيح الحقيقة، انظر: Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2001: D. 2001, CDA, AJ, 3194, obs. Rondey.

(٥٠) وتطبيقاً لذلك، انظر: CA Lyon, 6 janv. 1994: RTD civ. 1994, 337, obs. Hauser.

(٥١) وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1996: D. 1996, 529, note Lemoulant- Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998: JCP 1998, II, 10207, note Ardeef.

(٥٢) وتجري عبارة هذه الفقرة باللغة الفرنسية كالتالي: Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.

(٥٣) وسواء تعلق الأمر بأحد الأطراف في الدعوى أو بالغير. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 1975: Bull. I, p. 236.

(٥٤) وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 2^e civ., 16 oct. 2003: Bull. II, n° 428- Cass. 2^e civ., 23 sept. 2004: Bull. II, n° 307- Cass. soc., 7 mai 1998: Gaz. pal. 19-21 déc. 1999, 28, obs. Perdriau.

[د.علي عبد الحميد تركي]

البنكية^(٥٥)، أو انتهاك سرية الاتصالات التليفونية^(٥٦).

الفرع الثاني

نطاق التزام القاضي بالفصل في النزاع

١٨- كيفية أداء القاضي لالتزامه بالفصل في النزاع: أكد القضاء الفرنسي؛ منذ زمن طويل، على مبدأ التزام القاضي بالفصل في النزاع وأن هذا الفصل يكون وفقاً للنصوص القانونية واجبة التطبيق. وفي وقت لاحق تم تكريس هذا المبدأ من جانب المشرع، حيث نصت المادة (١٢ / ١) من تقنين المرافعات الفرنسي الحالي على أن: "القاضي يفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية واجبة التطبيق عليه"^(٥٧).

وهكذا؛ بعد أن قررت المادة ٤ من التقنين المدني الفرنسي مبدأ التزام القاضي بالفصل في النزاع، فإن المادة (١٢ / ١) من تقنين المرافعات الفرنسي تُحدد كيفية أداء القاضي لواجبه الناشئ عن هذا المبدأ. وهذه المادة الأخيرة تُبين أنه يتعين على القاضي أن يفصل في المنازعات التي تُطرح أمامه، وذلك بإعمال القواعد القانونية واجبة التطبيق عليها. وعدم احترام المادة (١٢ / ١) من تقنين المرافعات يُترجم بأنه رفض الفصل في النزاع. ومن ثم؛ فإن القاضي؛ عند الفصل في النزاع، يقوم؛ في ذات الوقت، بعملية تطبيق مُتعاصرة للمادة (٤) من التقنين المدني والمادة (١٢ / ١) من تقنين المرافعات^(٥٨).

(٥٥) وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. soc., 27 janv. 1999: Procédures 1999, n° 124, obs. Sportouch- Cass. com., 25 janv. 2005: Bull. IV, n° 13- Cass. com., 25 janv. 2005: Bull. IV, n. 13; D. 2005, act. Jurispr. p. 485, obs. Avena-Robardet.

وحول مسألة سرية الحسابات البنكية، انظر:

B. BOULOC: Le secret professionnel du banquier: principe et limites, Gaz. pal. 27-29 juin 2004, p. 15- B. MOREAU: Secret bancaire et communication de pièces, Gaz. pal. 27-29 juin 2005, p. 19.

Cass. 1^{re} civ., 2 mars 2004: Bull. I, n. 70.

(٥٦) وتطبيقاً لذلك، انظر:

(٥٧) وتجري عبارة هذه الفقرة باللغة الفرنسية كالتالي:

Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

M.-A FRISON ROCHE: Les offices du juge, Mélanges : انظر: حول التزام القاضي بالفصل في النزاع، Foyer, PUF 1997, 463- T. KLEIN: La fonction de juge in Mélanges Pettiti, 1998, 507.

(٥٨) وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Paris, 25 avr. 1986: Juris-Data n° 1986-022149- Cass. soc., 7 nov. 2006: JCP S 2007, 1056.

١٩- تقسيم: باعتبار أن القاضي مُلزم بالفصل في الطلبات المطروحة أمامه، فإنه يتعين عليه تنفيذ هذا الواجب وفقاً للمادة (١٢ / ١) من قانون المرافعات الفرنسي؛ أي تطبيق القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع. والتزام القاضي بتطبيق القواعد القانونية؛ بقصد الوصول إلى إصدار حكم في النزاع، يُعتبر امتداداً لواجب تفسير القواعد القانونية المفروض عليه بموجب المادة (٤) من التقنين المدني الفرنسي.

وفي ضوء ما تقدم نتناول موضوع هذا الفرع على النحو التالي:

أولاً: التزام القاضي بالفصل في النزاع في حالة عدم كفاية الأدلة

ثانياً: التزام القاضي بتطبيق قواعد القانون.

أولاً: التزام القاضي بالفصل في النزاع في حالة عدم كفاية الأدلة:

٢٠- مضمون المبدأ: من المقرر أنه يتعين على قاضي الموضوع تقدير الأدلة المطروحة أمامه في الدعوى. وترتيباً على ذلك؛ يُعتبر القاضي منكراً للعدالة إذا رفض الفصل في النزاع على أساس عدم كفاية الأدلة المقدمة له بواسطة الخصوم، أو إذا رفض الدعوى دون تمحيص كافة أدلة الإثبات المقدمة أمامه دعماً للدعاء^(٥٩).

ومؤدى ما تقدم؛ أنه لا يُمكن للقاضي الاحتماء خلف غياب؛ أو عدم كفاية، الأدلة لكي لا يُصدر حكماً في القضية لصالح أحد الأطراف. والقول بعكس ذلك يعني عملياً أن القاضي يرفض الفصل في النزاع، أو على الأقل يؤخر البحث فيه. وتمشياً مع هذا الفكر، نجد اتجاهاً قضائياً حديثاً؛ لمحكمة النقض في فرنسا، يجري على أن محكمة الموضوع تُخالف المادة ٤ من القانون المدني؛ والتي تحظر إنكار العدالة، وذلك إذا قضت؛ بعد إثبات وجود الضرر، برفض التعويض على سند من القول بعدم كفاية الأدلة التي تسمح بتقدير مقدار الضرر^(٦٠). ويُضيف هذا الاتجاه بأنه ما دام أن القاضي

(٥٩) وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1983: Bull. civ. 1983, I, n° 149, p. 131.

(٦٠) وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 3^e civ., 8 déc. 2009: n° 08-11.911, jurisData n° 2009-050835.

Procédures 2010, comm., 30, par R. Perrot- Cass. 2^e civ., 22 mai 2008: n° 07-10.484, Juris Data n°

2008-044030- Cass. soc., 23 sept. 2008: n° 07-15.961, JurisData n° 2008-045133- Cass. 2^e civ., 5

[د. علي عبد الحميد تركي]

قبل بوجود الضرر من حيث المبدأ، فإنه يتعين عليه تقديره ولا يرفض الفصل في التعويض مُستنداً على عدم كفاية الأدلة المقدمة له^(٦١).

٢١- سُلطة القاضي عند عدم كفاية الأدلة: طالما أن القاضي مُلزم بالفصل في وقائع النزاع؛ دون إمكانية التذرع بعدم كفاية الأدلة، فمن الطبيعي أن يُحوّله المُشرع سُلطة الأمر بإجراء من إجراءات التحقيق إذا كان الطرف الذي قدم الواقعة لا يملك الأدلة الكافية لإثباتها. وفي جميع الأحوال، لا يُمكن للقاضي الأمر بهذا الإجراء لاستكمال تقصير الخصم في تهيئة الدليل، (م ١٤٦ مرفاعات فرنسي)^(٦٢).

mars 2009: Bull. civ. 2009, II, n° 66- Cass. 2° civ., 28 juin 2006: Bull. civ. 2006, II, n° 174- Cass. 3° civ., 6 févr. 2002: JCP G 2003, II, 10014, note J.-M. Moulin.

وإذا قدر القاضي عدم كفاية الأدلة، وجب عليه الحكم بخسارة الخصم الذي يتحمل عبء الإثبات. ولا يستطيع القاضي رفض الفصل في النزاع تحت ستار عدم إقامة المدعي الدليل على الوقائع المتنازع عليها، وإلا اعتبر منكراً للعدالة. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 2° civ., 21 janv. 1993: Bull. civ. 1993, II, n° 28, p. 14-Cass. soc., 25 nov. 1998: Gaz. pal. 1^{er} mai 1999, p. 47, note A. Perdriau.

وجاء في هذا الحكم الأخير أن رفض محكمة الاستئناف لطلب التعويض عن إنهاء علاقة العمل، على سند من القول بأن ظروف إنهاء تلك العلاقة لا تُتيح تحديد من أنهى عقد العمل، يُعتبر انتهاكاً للمادة ٤ من القانون المدني، التي تحظر إنكار العدالة. إذ كان يتعين على المحكمة؛ بعد أن ثبت لديها إنهاء عقد العمل، الفصل في مسألة ما إذا كان هذا الإنهاء نتيجة الاستقالة أو الفصل - أيضاً، انظر: Cass. 3° civ., 16 avr. 1970: D. 1970, p. 474, note M. Contamine-Raynaud.

وجاء في هذا الحكم بأن رفض محكمة الاستئناف القضاء لأي من الخصوم بملكية العقار المتنازع عليه، على سند من القول بأن أي من الخصوم لم يستطع إقامة الدليل على ملكيته للعقار، لا يستجيب لمقتضيات المادة ٤ من القانون المدني. إذ من المقرر قانوناً أن العقار محل النزاع يجب الحكم بملكيته لأي من الخصوم - وفي حكم آخر قضيت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا رفضت محكمة الاستئناف الحكم لأي من الخصمين بجزء من الأرض؛ بسبب أن أياً منهما لم يقدم بإقامة الدليل على أن هذا الجزء من العقار يرجع إليه، وبأن هذا الجزء ليس له مالك ومن ثم تعود ملكيته للدولة، فإن هذا القضاء لا يدخل ضمن إنكار العدالة. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 3° civ., 3 déc. 1980: Gaz. pal. 1981, 2, p. 481, note A. Piedelièvre.

(٦١) وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 3° civ., 23 janv. 2007: n° 05-21.292, JurisData n° 2007-037087- Cass. 2° civ., 5 avr. 2007: JCP G 2007, IV, 1957.

(٦٢) وتجري عبارة هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي:

Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve.

وتقدير توافر تقصير الخصم في تهيئة الدليل من عدمه يخضع للسُلطة التقديرية المطلقة لمحكمة الموضوع. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 2° civ., 17 déc. 1979: Bull. civ. II, n. 296- Cass. com., 3 juill. 1984: D. 1985, 323, note J. H.- Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 1985: JCP 1985, IV, 326, Gaz. pal. 1986, I, somm. Ann. 86, obs. S. Guinchard et Moussa- Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2001: Bull. I, n. 191- CA Paris, 21 juin 1988: Gaz. pal. 1989, I, jur. 109 note M. Renard.

وتختلف أحكام محكمة النقض الفرنسية حول مدى جواز التحدي بإنكار العدالة؛ عملاً بالمادة (٤) من القانون المدني، في مواجهة حكم القاضي الذي يرفض استعمال السلطة المخولة له؛ بموجب المادة (١٤٦) من قانون المرافعات، بالأمر بإجراء من إجراءات التحقيق في حالة عدم كفاية الأدلة. فاتجهت بعض الأحكام - وبحق - إلى أن هذا الإجراء هو مجرد رخصة للقاضي، ومن ثم لا يُمكن النعي على الحكم بسبب عدم استعماله لها^(٦٣). واتجهت أحكام أخرى إلى جواز التمسك بمخالفة المادة (٤) من القانون المدني إذا لم يأمر القاضي بإجراء التحقيق عند عدم كفاية الأدلة^(٦٤).

ثانياً: التزام القاضي بتطبيق قواعد القانون^(٦٥)

٢٢- مضمون المبدأ وتبريره: أحد العناصر الأساسية لمهمة القاضي هو التزامه بتطبيق القانون. ويُستفاد هذا الالتزام بوضوح من المادة (١٢) من قانون المرافعات الفرنسي؛ وخاصة الفقرة الأولى التي تنص على أن: "القاضي يفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون واجبة التطبيق عليه". وتطبيق القاضي لقواعد القانون ليس مجرد رخصة يُمكنه أن يستعملها أو ألا يستعملها، وإنما ذلك يُشكل التزاماً يتعين عليه القيام به ويُعد من المبادئ الأساسية لعمله^(٦٦). والالتزام القاضي بالفصل في النزاع يستوجب؛

(٦٣) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يُمكن التحدي بالمادة ٤ من القانون المدني في مواجهة الحكم الذي رفض الأمر بالخبرة لإعادة بحث حصول الضرر لكلا الطرفين بدلا من أحدهما فقط. حيث إن الأمر بإجراء الخبرة؛ كإجراءات من إجراءات التحقيق، لا يُشكل سوى مجرد رخصة للمحكمة. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 2^e civ., 24 nov. 1993: JCP G 1994, IV, 283- Cass. soc., 15 nov. 1972: Bull. civ. 1972, V, n° 619.

(٦٤) إذ قُضي بأنه يدخل في عمل القاضي الأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق الضرورية، وذلك تفادياً لعدم كفاية الأدلة المقدمة أمامه بواسطة الأطراف. ومن ثم؛ عدم قيامه بهذا الإجراء؛ في هذه الحالة، يعرض حكمه لمخالفة المادة ٤ من القانون المدني؛ والتي تحظر إنكار العدالة. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2^e civ., 28 juin 2006: JCP G 2006, IV, 2622.

ويبدو أن التوسع في السلطات الإجرائية للقاضي؛ في الأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق، تقود إلى توسع مُقابل في تطبيق المادة ٤ من القانون المدني.

(٦٥) وحول التزام القاضي بالفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون، في فرنسا، انظر:

L. CADIET: L'équité dans l'office du juge civil; Justices, 1998, n. 9, 87- A. PERDRIAU: Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de l'équité?, Gaz. pal. 9 nov. 1996- G. BOLARD: L'office du juge et le rôle des parties: entre arbitraire et laxisme, JCP G 2001, I, 156- O. DESHAYES: L'office du juge à la recherche de sens ..., D. 2008, 1102- M.-A. FRISON ROCHE: Les offices du juge, Mélanges Foyer, PUF 1997, 463- T. KLEIN: La fonction de juge in Mélanges Pettiti, 1998, 507.

Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1998: JurisData n° 1998-001109.

(٦٦) وتطبيقاً لذلك، انظر:

[د.علي عبد الحميد تركي]

بالضرورة، أن يكون هناك طلب مطروح أمامه^(٦٧).

وتبرير هذا الالتزام يقوم على فكرة مؤداها أنه طالما أن القانون يحظر على الأشخاص اقتضاء حقوقهم بأنفسهم^(٦٨) وجب أن يضمن لهم أن القاضي سيفرض؛ على النزاع الذي ينشأ بينهم، حلاً لا يقوم على التحكم وإنما يتأسس على قواعد قانونية عامة ومجردة^(٦٩).

٢٣- التزام القاضي بالفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية: لكي ينأى القاضي بنفسه عن اقرار إنكار العدالة لا يكفي أن يفصل في النزاع، وإنما أن يفصل فيه وفقاً للقواعد القانونية واجبة التطبيق عليه، أيأ كان مصدر تلك القواعد؛ وسواء أكانت قواعد داخلية أم دولية. وحتى يُمكن التأكد من التقيد بهذا الالتزام يتعين بيان الأساس القانوني الذي يقوم عليه الحكم^(٧٠). ومن ثم؛ يكون القاضي منكرًا للعدالة إذا اقتصر؛ في غير الأحوال المقررة قانوناً، على مجرد الإحالة إلى قواعد العدالة لتحديد مقدار التعويض المستحق للمضرور من جريمة^(٧١)، أو لتحديد المكافأة الواجبة للموظف عن

(٦٧) انظر: Lycette CORBION: Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle, JurisClasseur Civil, Fasc. 106, n. 20.

(٦٨) وحول عدم جواز اقتضاء الشخص لحقه بنفسه في القانون الفرنسي، انظر: Rapport Beguin, Travaux Ass. CAPITANT, nov. 1966, sur le principe: " Nul ne peut se faire justice à soi-même " en droit privé V. art. 281 et 365 L. 24 juill. 1966 sur les sociétés – F. BUSSY: Nul ne peut être juge et partie, D. 2004, p. 1745. Cass. 3^e civ., 11 janv. 2006, Bull. civ. n. 4, p. 142.

(٦٩) والتحقق من مدى مطابقة الحكم لقواعد القانون؛ في فرنسا، يكمن في الالتزام بتسبب الأحكام القضائية، والذي نص عليه قانون ١٦-٢٤ أغسطس لسنة ١٧٩٠. وحول مسألة تحكم القاضي، انظر:

G. BOLARD: L'arbitraire du juge, Mélanges P. Draï, Dalloz, 2000, p. 225 s.

Cass. 3^e civ., 6 févr. 1991: Bull. civ. 1991, III, n° 48.

(٧٠) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 2^e civ., 22 avr. 1992: Bull. civ. 1992, II, n° 129.

(٧١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

وتنبغي الإشارة إلى أن المقصود بالعدالة التي لا يجوز للقاضي تأسيس حكمه عليها هي العدالة في مفهومها الشخصي، والتي يمكن أن تختلط بتحكم القاضي. ومن ثم؛ ليس هناك ما يحول دون احترام القاضي للعدالة في مفهومها الموضوعي، والتي تعني ممارسة منطقية ومشروعة لسلطة القاضي. ومن صور العدالة الموضوعية احترام القاضي للإجراءات المستوحاة من أصول القضية العادلة؛ عملاً بما تنص عليه المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، انظر:

H. SOLUS et R. PERROT: Droit judiciaire privé, t. III, 98- S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS: Procédure civile, n° 684 à 686- C. ALBIGES: De l'équité en droit privé, LGDJ, 2000- A. PERDRIAU: Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de ... l'équité?, Gaz. pal. 9 nov. 1996.

عمل إضافي^(٧٢). أيضاً؛ يتحقق إنكار العدالة إذا اكتفى القاضي باستلهم روح التهذئة بين الخصوم ودعوتهم إلى تسوية النزاع وديا، وإعمال ما تُشير به قواعد هذه التسوية^(٧٣). فلا يجوز إجبار الأطراف على التسوية إذا فضلوا عليها طريق الالتجاء للقضاء، هذا ما لم يوجد اتفاق بين الأطراف على المرور بإجراءات التسوية الودية^(٧٤).

٢٤- إعفاء القاضي من الالتزام بتطبيق القواعد القانونية: يتعين على القاضي؛ في جميع الأحوال، الفصل في موضوع النزاع وإلا اعتُبر منكرًا للعدالة. ومع ذلك؛ قد يكون بوسع القاضي أن يفصل في النزاع دون التقيد بتطبيق القواعد القانونية. ويحدث ذلك في حالتين، هما:

(١)- إذا سمح الأطراف للقاضي بالفصل في النزاع كمفوض بالصُلح؛ عملاً بالمادة ١٢/ فقرة أخيرة من قانون المرافعات الفرنسي^(٧٥).

(٧٢) وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. soc., 21 févr. 1980: JCP G 1980, IV, p. 176- Cass. soc., 4 déc. 1996: RTD civ. 1998, p. 221, obs. N. Molféssis.

وفي هذا الحكم الأخير كانت محكمة الموضوع قد قضت بأن أيام العطلة، فيها عدا الأول من شهر مايو، لا تعني بالضرورة تعطيل العمل. ومن ثم؛ فإن قواعد العدالة تقضي بأن الموظف الذي يُباشِر العمل في يوم عطلة غير الأول من شهر مايو لا يستحق سوى راتبه الشهري فقط، ما لم توجد أحكام خاصة بغير ذلك في العقد المنظم لعلاقة العمل. غير أن محكمة النقض نقضت الحكم على سند من أن محكمة الموضوع أسست حكمها على العدالة، وهي ليست مصدرًا للقانون.

(٧٣) وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 2^e, 21 févr. 1980: Bull. civ. 1980, V, n° 173- V. également, Cass. 2^e, 19 janv. 1983: Gaz. pal. 1983, I, pan. jurispr. p. 177, obs. S. Guinchard.

وجاء في هذا الحكم الأخير بأن الالتزام بتطبيق القواعد القانونية يحول بين القاضي وبين الاكتفاء بالإحالة على تقديره هو. ومن ثم؛ لا يجوز للقاضي التذرع باستلهم روح التهذئة، وعدم قدرته على حل النزاع، الحكم على المدعى عليه بنصف المبلغ المطالب به فقط. وبذلك يكون القاضي خالف حكم المادة ١٢/١ من قانون المرافعات ومُكرًا للعدالة عملاً بالمادة ٤ من القانون المدني.

(٧٤) فإذا وُجد شرط يلزم أطراف العقد بالتسوية قبل رفع الدعوى فذلك يترتب عليه عدم قبول أي دعوى تتعلق بالعقد قبل المرور بإجراءات هذه التسوية. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003: n° 00-19.423, JurisData n° 2003-017812.

(٧٥) والتي تقضي بأنه: " في النزاع القائم، يُمكن للأطراف أيضاً؛ بموجب اتفاق صريح وبالنسبة للحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها، تحويل القاضي مهمة الفصل في النزاع كمفوض بالصُلح، مع الاحتفاظ بالحق في الاستئناف إلا إذا تنازل الأطراف عن هذا الحق صراحة ". ونجري عبارة هذه الفقرة باللغة الفرنسية كالتالي:

Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé.

وفي هذه الحالة لا يتقيد القاضي؛ وهو يفصل في النزاع، بالقواعد الموضوعية للقانون. ومن ثم؛ يُمكنه الفصل وفقاً لقواعد القانون أو استبعادها إذا كانت تقود إلى حل يُخالف قواعد العدالة والإنصاف. وحول التفويض بالصُلح

[د.علي عبد الحميد تركي]

(٢)- إذا سمح المشرع للقاضي؛ في أحوال معينة، بالفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة أو استناداً لاعتبارات أخرى غير ذلك^(٧٦).

٢٥- افتراض علم القاضي بمضمون القاعدة القانونية: ليس من واجب الأطراف توضيح معنى القاعدة القانونية للقاضي، إذ يُفترض علمه بهذا المعنى. ومن ثم؛ لا يُمكن النعي على الخصوم عدم قيامهم بهذا التوضيح^(٧٧).

وإزاء غزارة التشريعات وتشعبها، واتجاهها نحو التخصص، وتغيرها وعدم استقرارها، يكون من المنطقي عدم المبالغة في افتراض علم القاضي بكافة القوانين في أدق تفاصيلها. ولهذا؛ سمح القضاء الفرنسي بأنه يُمكن للقاضي؛ دون تفويض سلطته أو التخلي عنها، تعيين خبير بقصد أن يُسهل عليه استكشاف القاعدة القانونية واجبة التطبيق^(٧٨). ودور الخبير؛ في مثل هذه الحالة، لا يعني أنه يتولى بنفسه تطبيق القاعدة التي

القضائي، في القانون الفرنسي، انظر:

J. VIATTE: L'amiable de composition devant les juridictions judiciaires, Rec. gen. Lois, 1976, p. 545- ESTOUP: L'amiable composition, D. 1986, chron. p. 221- L'offre judiciaire d'amiable composition et de conciliation après la clôture des débats, D. 1987, chron. p. 269- P. BELLET: Le juge arbitre, Rev. arb. 1980, p. 394- CORNU: Le juge arbitre, Rev. arb. 1980, p. 373- P. HÉBRAUD: Observations sur l'arbitre juge, Mélanges Marty, 1978, p. 625- FOUCHARD: L'arbitre judiciaire, Études offertes à P. Bellet, Litec, 1991, p. 167.

(٧٦) وهذه الحالات ضيقة، ومنها: ما تقضي به المادة ٧٠٠ من قانون المرافعات، والتي تسمح للقاضي وهو يفصل في تقدير المصروفات القضائية- من غير الرسوم- أن يأخذ في اعتباره قواعد العدالة أو المركز الاقتصادي للخصم المحكوم ضده. بل يُمكن للقاضي؛ ولو من تلقاء نفسه، ولأسباب ترجع لذات الاعتبارات، أن يقرر عدم الحكم بأية مصروفات. وتجري عبارة المادة المذكورة باللغة الفرنسية كالتالي: "Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation."

أيضاً؛ نجد المادة ٣/٢٧٠ من القانون المدني الفرنسي تنص على أن القاضي يُمكنه رفض الحكم بنفقة تعويضية بعد الحكم بالطلاق، وذلك إذا كانت قواعد العدالة؛ أو الظروف الخاصة للإفصال، تقود إلى هذا الرفض.

(٧٧) وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. soc., 23 mai 1953: RTD civ. 1953, p. 735, obs. Hébraud.

(٧٨) وذلك على عكس ما هو مستقر عليه فقهاً وقضاء في مصر. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بجواز تعيين خبير للبحث عن النظام الواجب التطبيق بشأن فرز وتقسيم الأراضي، وهل هو قائمة شروط تملك الأرض أو خريطة تقسيم الأراضي أو أنه قرار إداري آخر. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 3^e civ., 27 juin 1972: Bull. civ. 1972, III, n° 427.

وُقضي جواز تعيين خبير للبحث عن الجداول الخاصة بحساب تعويضات إصلاح العقارات التي كانت محلاً للمصادرة. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1951: Bull. civ. 1951, I, n° 353.

وُقضي بأنه لا يُعد تفويضاً أو تحليلاً عن سلطته القاضي الذي يقرر أن الأعمال المنصوص عليها في منطوق الحكم تُنفذ تحت إشراف الخبير المعين. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 1973: JCP 1975, II, 18115, note Despax.

يستخلصها، وإنما يُباشِر مُجرّد مسألة فنية تتعلق بتحديد القانون الذي يحكم المسألة^(٧٩). هذا فضلاً عن أن القاضي يملك - قانوناً - تقدير رأي الخبير^(٨٠)، وتحديد ما إذا كان هذا الأخير تجاوز المهمة المُسندة إليه من عدمه^(٨١).

ومن ثم؛ فإن تعيين خبير للبحث عن القاعدة القانونية واجبة التطبيق لا يتعارض مع قاعدة عدم جواز الاستعانة بالخبير إلا في مسائل الواقع التي تحتاج إلى رأي فني، (م ٢٣٢ مُرافعات فرنسي)، ولا مع قاعدة حظر تقديم الخبير لأي تقديرات قانونية أياً كانت^(٨٢)، (م ٢٣٨ مُرافعات فرنسي).

٢٦ - مدى افتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي: رغم أن وظيفة القاضي الفرنسي لا تفرض عليه سوى العلم بالقانون الفرنسي، إلا أن الأحكام الحديثة لمحكمة النقض توجب على قاضي الموضوع البحث عن فحوى القانون الأجنبي واجب التطبيق على النزاع^(٨٣). ومع ذلك؛ وعملاً بقاعدة: "لا التزام بمُستحيل"، إذا استحال على القاضي إثبات مضمون القانون الأجنبي فإنه يضطر للفصل في النزاع مُطبقاً القانون الفرنسي بموجب قوته الاحتياطية في هذه الحالة^(٨٤).

٢٧ - العلاقة بين حظر إنكار العدالة والالتزام بتطبيق القانون: تكشف عن وجود هذه الصلة بعض الأحكام القضائية. فقضت محكمة استئناف Paris^(٨٥) بأن مُخالفة

(٧٩) انظر: J. NORMAND: Principe directeurs du procès, office du juge, fondement des prétentions litigieuses J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 152, n. 43.

Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 1999: Bull. civ., I, n° 337. (٨٠) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 3^e civ., 5 mars 2003: JCP G 2003, II, note J. Junillon. (٨١) وتطبيقاً لذلك، انظر:

(٨١) وإذا تجاوز الخبير حدود مهمته وأبدى رأياً حول مسألة قانونية، فإن ذلك لا يُبطل الحكم ما دام أن هذا الرأي خضع لتقدير قاضي الموضوع. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 1^{re}, 29 mai 1985: JCP 1985, IV, 278- Cass. 3^e civ., 7 juill. 1998: Bull. I, n° 239- Cass. 2^e civ., 16 déc. 1995: D. 1985, inf. rap. 228, obs. Julien.

Cass. com., 28 juin 2005: Rev. crit. DIP 2005, p. 645. (٨٢) وتطبيقاً لذلك، انظر:

و حول دور القاضي بالنسبة للقانون الدولي الخاص، انظر: B. ANCEL et H. MUIR WATT: L'office du juge et la loi étrangère in Le nouveau Code de procédure civile 1975-2005.

Cass. com., 28 juin 2005: Rev. crit. DIP 2005, p. 645. (٨٣) وتطبيقاً لذلك، انظر:

(٨٤) وتطبيقاً لذلك، انظر: CA Paris, 25 avr. 1986: Gaz. pal. 1987, 2, p. 800- V. aussi Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1996: JCP G 1996, IV, 979.

[د.علي عبد الحميد تركي]

الالتزام بتطبيق القانون؛ المنصوص عليه في المادة (١٢) من قانون المرافعات الفرنسي، يؤدي إلى انتهاك مبدأ حظر إنكار العدالة؛ المنصوص عليه في المادة (٤) من القانون المدني الفرنسي.

٢٨- نطاق التزام القاضي بالفصل في النزاع: عملاً بمبدأ ملكية الأطراف للخصومة، يتمتع هؤلاء بتحديد الوقائع وكذلك الادعاءات التي يرغبون في طرحها لتكون محلاً للبحث أمام القاضي. ومن ثم؛ يكون هذا الأخير ملزماً بالفصل في كل ما يُطلب منه، ولكن لا يفصل في شيء غير ما يُطلب منه.

واعتبار القاضي منكرًا للعدالة يتحقق إذا لم يفصل في الطلب المطروح أمامه^(٨٥)، أو إذا فصل فقط في جزء من هذا الطلب^(٨٦)، أو إذا رفض الطلب بمقولة أن الخصم لم يُحدد الأساس القانوني له وأن المحكمة لا يُمكنها أن تحل محله في هذا التحديد^(٨٧)، أو إذا رفض الطلب لمجرد عدم استطاعته البحث عن الأساس القانوني له^(٨٨)، أو إذا عدّل موضوع النزاع^(٨٩).

٢٩- القانون ليس عبئاً على الخصوم وليس حكرًا على القاضي: الأصل أن الالتزام بتحديد القانون واجب التطبيق يقع على عاتق القاضي دون الأطراف، (م ١/١٢ مرفاعات فرنسي). فلا يستطيع أن يفرض عليهم القيام بهذا الواجب والتخلي عن مهمته. ومع ذلك؛ ينبغي عدم فهم المادة (١/١٢) بأنها تضع حداً جامداً لا يُتصور معه سوى أن الأطراف يتكلمون لغة الواقع، وأن القاضي وحده هو من يتولى التعبير عن

Cass. 3^e civ., 24 mai 2006: n° 04-20.836.

(٨٥) وتطبيقاً لذلك، انظر:

(٨٦) وقضي، في هذا الصدد، بأن حكم قاضي الموضوع الذي يرفض التحقق من صحة الطلب المطروح أمامه بأكمله يتعرض للنقض لانتهاك حظر إنكار العدالة المنصوص عليه في المادة ٤ من القانون المدني الفرنسي. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2006: n° 04-19.110, JurisData n° 2006-035674.

(٨٧) وتطبيقاً لذلك، انظر:

CA Paris, 25 avr. 1986: Gaz. pal. 1987, 2, p. 800- CHRON. Ph. BERTIN: L'indication du fondement juridique de la demande, un atout superflu?, Gaz. pal. 1987, 2, doct. p. 839- G. BOLARD: Dalloz Action Procédure civile, n° 221-121.

Cass. 3^e civ., 21 janv. 1987: RTD civ. 1987, p. 390, obs. J. Normand.

(٨٨) وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. com., 13 mars 2007: n° 05-17.571, JurisData n° 2007-038109.

(٨٩) وتطبيقاً لذلك، انظر:

القانون. إذ نجد المشرع نفسه يسمح بدور للخصوم نحو القانون. فوفقاً للمادة (١٣) من قانون المرافعات، يُمكن للقاضي أن يدعو الخصوم لتزويده بالتوضيحات القانونية التي يُقدر أنها ضرورية لحل النزاع^(٩٠). كما أن المادة (٢/٥٦) من ذات القانون توجب على المدعي أن يبين في صحيفة الدعوى موضوع الطلب وبيان أسانيد الواقعية والقانونية^(٩١). بل إن المادة (٣/١٢) من القانون سالف الذكر تنص على أنه يمتنع على القاضي تغيير التكييف القانوني حول النقاط القانونية التي يرغب الأطراف قصر الخصومة عليها؛ طالما كان بينهم اتفاق صريح على ذلك وتعلق الأمر بحقوق يملكون حق التصرف فيها. كما أن المادة (١٥) من ذات القانون توجب على الأطراف؛ فضلاً عن بيان الأسانيد المتعلقة بالواقع في وقت مُناسب والتي يتأسس عليها الادعاء وأدلة إثبات تلك الوقائع، توجب بيان الأسانيد القانونية التي يتمسك بها الأطراف حتى يكون بوسع كل طرف تنظيم دفاعه^(٩٢).

(٩٠) كأن يطلب القاضي من الخصم تقديم نسخة من الاتفاقية الجماعية التي يتمسك بها، والتي يُجتمَل تطبيقها على النزاع. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006: Bull. civ. 2006, II, n° 174- V. déjà Cass. soc., 3 mars 1993 : JCP G 1993, IV, 1153- Cass. soc., 5 oct. 1993: D. 1994, p. 588, note R. Encinas de Munagori- Comp. Cass. soc., 19 mars 1986: JCP G 1986, IV, p. 151.

(٩١) وتجري عبارة هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي:

L'assignation contient à peine de nullité, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice: 1°- ... 2°- L'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit.

(٩٢) وتجري عبارة هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي:

Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense.

أيضاً؛ من قبيل النصوص التي تسمح أو توجب على الأطراف بيان رأيهم في المسائل القانونية، راجع: المواد ٧١، ٧٥٣، ٩٥٤ من قانون المرافعات. وحول دور الخصوم في المجال القانوني، انظر:

J. NORMAND: Principe directeurs du procès, office du juge, fondement des prétentions litigieuses J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 152, n. 37; Le juge et le fondement de litige, Mélanges Hébraud, p. 608, n° 22- H. MOTULSKY: Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile, D. 1972, chron. n° 34- G. CORNU: Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, Mélanges, Bellet, p. 88- H. SOLUS et R. PERROT: Droit judiciaire privé, t. III, n° 92 et 98.

هذا مع ملاحظة أن القانون قد يمنع الأطراف من تحديد التكييف القانوني في صحيفة الدعوى. ومن قبيل ذلك: أنه في أحوال الطلاق بغير الرضاء المتبادل لا يجب على المدعي بيان أسباب أو مبررات الطلاق، (م ٢٥١ مدني فرنسي)، ولا الأساس القانوني للطلب، (م ١١٠٦ مرافعات فرنسي، مُعدلة بالمرسوم رقم ١١٥٨ - ٢٠٠٤، الصادر في ٢٩/١٠/٢٠٠٤)

[د.علي عبد الحميد تركي]

وفي النهاية، يُمكن القول؛ في هذا الخصوص، بأن: " القانون ليس عبئاً على الخصوم، وفي ذات الوقت ليس حكراً على القاضي".

المطلب الثاني

التزام القاضي بتفسير القواعد القانونية

٣٠- تمهيد: يلتزم القاضي بالفصل في النزاع، ولا يستطيع التذرع بعدم وجود قانون، أو عدم كفايته، أو غموضه، وإلا اعتُبر منكراً للعدالة، (م ٤ مدني فرنسي). ومؤدى هذه المادة أنها لا تعترف فقط للقاضي بسلطة تفسير القواعد القانونية، وإنما تجعل هذا التفسير واجباً عليه حتى في حالة غياب القانون. فمهمة القاضي في تطبيق القانون تستوجب تفسيره. ويُمكن القول بأن القاضي يتمتع بسلطة التفسير المطلقة في إطار القضية المطروحة أمامه^(٩٣).

ولما كانت سلطة التفسير ترتبط بمهمة القاضي، فإن الواجب القضائي في التفسير لا يُمكن أن يظل دون تغيير بسبب ما طرأ على هذا التفسير من تشويش من جراء تغير القواعد القانونية وتشابكها.

٣١- تقسيم: وقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: التزام القاضي بالتفسير في حالة غياب القانون.

الفرع الثاني: التحولات المعاصرة والالتزام القضائي بتفسير القانون.

الفرع الأول

التزام القاضي بالتفسير في حالة غياب القانون

٣٢- تمهيد: تُبين المادة ٤ من القانون المدني الفرنسي المزايم التي لا يستطيع القاضي أن يتذرع بها لرفض الفصل في النزاع، وهي: سكوت أو صمت القانون، أو عدم

(٩٣) ومع ذلك؛ فإن المادة ٤ لا تجعل تفسير القواعد القانونية حكراً على قاضي الموضوع. فمن المقرر؛ في النظام الفرنسي الحالي، أنه بعد الطعن بالنقض للمرة الثانية يتعين على قاضي الموضوع احترام حكم النقض الثاني، انظر: Y.-L. HUFTEAU: Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi, PUF 1965, p. 104 et s.

وضوحه أو غموضه، أو عدم كفايته. ويثور التساؤل حول ما إذا كان التزام القاضي بالتفسير يقتصر على هذه الفروض. كما أن المادة سالفه الذكر لم تُفصح عن الطرق التي يتعين على القاضي اتباعها في التفسير. ونبحث هاتين المسألتين على النحو التالي:

٣٣- أولاً: نطاق الالتزام بالتفسير: قلنا إن المادة سالفه الذكر حددت ثلاث حالات لا يجوز للقاضي التذرع بها لرفض الفصل في النزاع. ومن ثم؛ يتعين عليه القيام بالتفسير إذا توافرت إحداها، وهي:

٣٤- (١) - الالتزام بالتفسير في حالة غموض القانون: لا ريب أن المادة ٤ سالفه الذكر تفرض على القاضي تفسير القانون إذا كان غامضاً، فالأمر يتعلق بتوضيح النص^(٩٤). إذ لا يمكن أن يكون الغموض مُبرراً يحول دون تطبيق القانون، وإنما يجب تفسير هذا الغموض للوصول إلى المعنى الذي يرمي إليه المشرع من النص القانوني. وإذا لم يقدّر القاضي بالفصل في النزاع لعدم قيامه بواجب التفسير، فإنه يُعد منكراً للعدالة ومن ثم ينتهك المادة ٤ التي تحظر ذلك^(٩٥).

٣٥- (٢) - الالتزام بالتفسير في حالة سكوت أو عدم كفاية القانون: قد يتبين للقاضي وجود نقص؛ أو عدم كفاية، في النصوص القانونية التي تحكم المسألة المعروضة أمامه. وإذا ثبتت هذه العيوب تعين على القاضي أن يقوم بعملية تفسير لتلك النصوص، ويستخلص من مجموع القوانين السارية المبادئ التي تحكم النزاع^(٩٦). والتفسير في هذه الحالة يعني وصول القاضي إلى المعنى الحقيقي للقانون، وذلك من خلال تطبيقه بفتنة وبصيرة، وإكمال النصوص إذا لم تكن موجودة. وبغير هذا التفسير يثور تساؤل مؤداه: كيف يُمكن تصور إمكانية أداء مُهمة القاضي!^(٩٧).

(٩٤) انظر: L. BORÈ: L'obscurité de la loi in La création du droit jurisprudentiel, Mélanges J. Boré, Dalloz 2007, p. 27.

Cass. crim., 21 oct. 1942: Bull. crim. 1942, n° 103.

(٩٥) وتطبيقاً لذلك، انظر:

(٩٦) انظر: J. CHEVALLIER: L'interprétation des lois in Le titre préliminaire du Code civil, G Fauré et G. Koubi [dir.]: Economica 2003, p. 125.

(٩٧) انظر: Lycette CORBION: Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle,

[د. علي عبد الحميد تركي]

٣٦- تفسير القانون والولاية القضائية: تفسير القانون هو سلطة مُلازمة للولاية القضائية. فقد كشفت النظريات الحديثة في التفسير أن معنى أي نص قانوني لا يُستخلص بصورة مُباشرة^(٩٨). ومن ثم؛ فإن أي نص يكون عند تطبيقه غير كاف وغير كامل مما يوجب تفسيره^(٩٩). ومسألة تفسير القاضي للقانون لم تعد الآن محلاً لأي شك. بل إن مبدأ إمكانية وصول القاضي للمقصود من النص، وتوضيحه، أصبحت من المبادئ ذات القيمة الدستورية^(١٠٠).

وأيّاً كانت الصعوبات التي تواجه القاضي في تفسير القانون، فإن المادة ٤ من القانون المدني تفرض عليه ممارسة هذه العملية^(١٠١).

٣٧- الالتزام بتفسير القانون يقع على كل قاض: فيقع هذا الالتزام على قاضي الموضوع، وعلى قاضي الأمور المُستعجلة^(١٠٢)، ويمتد لقضاة القضاء الإداري، وقضاة المجلس الدستوري^(١٠٣).

ولا يُشترط في المحل الذي يرد عليه التزام القاضي بالتفسير أن يكون له وصف

JurisClasseur Civil, Fasc. 106, n. 26.

Y. PACLOT: Recherche sur l'interprétation juridique, thèse Paris II, 1988, n° 187 s., p. 170 s.

J.-Cl. BÉCANE, M. COUDERC: La loi, Méthodes du Droit, Dalloz, 1994, p. 70. (٩٩) انظر:

(١٠٠) وكانت البداية بالقرار الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي في ١٦ / ١ / ١٩٨٢، ثم القرار الصادر في ١٠ / ٦ / ١٩٩٨، وأخيراً القرار الصادر في ١٦ / ١٢ / ١٩٩٩، انظر:

Cons. const., 16 janv. 1982, déc. n° 81-132 DC: Rec. Cons. const. 1982, p. 18- Cons. const., 10 juin 1998, déc. n° 98-401 DC- Cons. const., 16 déc. 1999, déc. n° 99-421 DC.

C. PERELMAN: Logique juridique, Nouvelle rhétorique, Dalloz, 2^e éd. 2001; Le (١٠١) انظر: problème des lacunes en droit, Travaux du centre national de recherches de logique: Bruylant, 1968, spéc. F. TERRÉ: Les lacunes du droit, p. 143 s.

Cass. soc., 11 oct. 2005: D. 2006, p. 212. (١٠٢) وتطبيقاً لذلك، انظر:

(١٠٣) فأمام قصور التشريع، قام مجلس الدولة الفرنسي بتشديد منظومة كاملة للقانون الإداري؛ وذلك حتى لا يكون القاضي الإداري أمام استحالة الفصل في المنازعات. كما أن المجلس الدستوري يلتزم بالفصل في دستورية القوانين مما يوجب على قضاة هذا المجلس التصدي لمضمون القانون وتفسيره للوقوف على مدى اتفاه مع المعايير الدستورية، انظر: F. HOURQUEBIE: Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^e République, Bruylant 2004, spécialement p. 287.

القانون، بل يكفي أن تكون له طبيعة القاعدة القانونية^(١٠٤).

٣٨- ثانياً: طُرق تفسير القاضي للقانون: لم تتضمن المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسي أية توجيهات يُمكن للقاضي أن يسترشد بها بشأن مسألة تفسير القانون. ولعل ذلك يُتيح مجالاً أوسع في فهم هذه المادة، حيث تختلف طُرق التفسير بحسب طبيعة القواعد القانونية محل التفسير.

٣٩- (١)- القاضي وتفسير القوانين غير العقابية: عدم إشارة المادة ٤ لطريقة تفسير قواعد القانون لا يُعتبر قصوراً من المشرع. إذ أثناء مناقشة القانون المدني في البرلمان الفرنسي قيل بأنه عندما يكون القانون واضحاً وجب اتباع أحكامه، وعندما يكون غامضاً وجب تقصي مقاصد نصوصه. وإذا كان القانون ناقصاً وجب البحث في العُرف والعدالة. وقواعد العدالة تعني الرجوع للقانون الطبيعي^(١٠٥).

ويوجد في الوقت الراهن عدة أساليب لتفسير النص بالنسبة للقوانين غير الجنائية، منها: الأسلوب التاريخي، ويسعى لاستقرار القانون، ويستلهم استخلاص معنى النص من خلال المصدر الذي استُقي منه. والأسلوب الغائي، ويقوم على تفسير النص القانوني في ضوء مدى تحقيقه؛ بشكل أكبر، للحكمة أو المصلحة العامة التي توخاها المشرع من وضع النص. والأسلوب المنهجي، ويرتكز على اتساق النظام القانوني في

(١٠٤) وفي قضية تتعلق بالبنك الإفريقي للتنمية، قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه من مهمة القاضي تفسير المعاهدات الدولية التي تثار في القضية المطروحة أمامه، وذلك دون حاجة لطلب رأي سلطة أو جهة غير قضائية. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1995: Rev. crit. DIP 1996, p. 468, note B. Oppetit-V. aussi: Cass. 3^e civ., 16 avr. 1970: D. 1970, p. 474, note M. Contamine- Raynaud.

وسابقاً كانت المحاكم تُحل تفسير المعاهدات الدولية لوزارة الخارجية. وتعرض هذا المسلك لعدة انتقادات، من أهمها: (أ)- أن القاضي يتخلى عن مباشرة وظيفته لصالح السلطة التنفيذية. (ب)- المخاطرة بإمكانية تدخل هذه الأخيرة في سير العدالة على نحو ينتهك مبدأ الحق في قضية عادلة، الذي يستوجب نظر القضية أمام محكمة قضائية محايدة. (ج)- تزايد إبرام المعاهدات الدولية في العصر الحديث، وهذا يؤدي إلى كثرة الحالات المحتملة إلى وزارة الخارجية بطلب التفسير، مما قد ينتج عنه تأخير الفصل في القضايا وشلل الجهاز القضائي. ولكل هذه الانتقادات فقد عدل القضاء الفرنسي عما كان يجري عليه من قبل، وأصبح تفسير المعاهدات من سلطة القاضي الذي ينظر الدعوى التي تثار فيها المعاهدة.

(١٠٥) انظر: B. BEIGNIER: Portalis et le droit naturel dans le Code civil, Revue d'histoire des Facultés de droit et de Science juridique, 1988, n° 6, p. 77.

[د. علي عبد الحميد تركي]

مُجمّله، ويستخلص معنى النص من خلال دراسة باقي نصوص القانون والعمل على التقريب فيما بينها. والأسلوب الحرّفي، ويستخلص معنى النص من مجرد مُطالعة. والأسلوب المنطقي، وفيه يتم التوصل لمعنى النص من خلال معايير مثل: من باب أولى، أو غيرها. ويتوقف اختيار القاضي لأي من هذه الأساليب على مدى خطورة النتائج التي قد تترتب على تطبيق القاعدة القانونية محل التفسير^(١٠٦).

٤٠ - (٢) - القاضي وتفسير القانون العقابي: يُعد مبدأ المشروعية من المبادئ الأكثر استقراراً في القانون الجنائي. ومؤدى هذا المبدأ أنه: " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ". ومن ثم؛ يتقيد القاضي بهذا المبدأ عند تفسير النصوص العقابية. وقد أرسى القضاء قاعدة مؤداها أنه إذا لم يرد نص يُعاقب على واقعة مُعينة حكم القاضي بالبراءة مهما كانت جسامة الواقعة، ويمتنع تطبيق عقوبة واقعة أخرى عليها عن طريق القياس أو الاستنتاج^(١٠٧). وقن المشرع الفرنسي هذه القاعدة، حيث تنص المادة (١١١-٤) من قانون العقوبات على أن: " قانون العقوبات يُفسر تفسيراً ضيقاً "^(١٠٨).

ومع ذلك؛ ينبغي الإشارة بأن التفسير الضيق لا يعني التفسير القاصر. فمثلاً، في حالة الشك حول معنى النص الجنائي فذلك لا يعني تفسيره بصورة تلقائية لمصلحة المتهم^(١٠٩). وإنما يكون التفسير لمصلحة هذا الأخير، إذا استُفدت مصادر التفسير ولم

(١٠٦) انظر: P. MOOR: Pour une théorie micropolitique du droit, PUF 2005, p. 170.

Cass. crim., 1^{er} juin 1977: Bull. crim. 1977, n° 1988, p. 494.

(١٠٧) وتطبيقاً لذلك، انظر: وجاء في هذا الحكم بأن القاضي الجنائي لا يملك تكملة النص؛ بطريق القياس أو الاستنتاج، عند عدم وجود القانون أو عدم كفايته. كما يجب على القاضي تفسير النص العقابي تفسيراً ضيقاً، فلا يجوز له توسيع نطاق تطبيقه خارج الحالات التي يحصرها النص.

La loi pénale est d'interprétation stricte.

(١٠٨) وتجري عبارة هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي: (١٠٩) إذ تستقر أحكام القضاء الفرنسي؛ حالياً، على أن القاضي يُخالف المادة ٤ من القانون المدني ويقترف إنكاراً للعدالة إذا قضى بالبراءة لمجرد التذرع بغموض القانون وعدم التأكد من تفسيره. وتطبيقاً لذلك، انظر:

Cass. crim., 12 mars 1984: D. 1985, p. 1, note F. Warembois-Auque- antérieurement Cass. crim., 10 nov. 1959: JCP G 1960, II, 11384, note Rodière.

وسابقاً؛ وحتى النصف الأول من القرن الماضي، كان القضاء يقبل تفسير القانون لمصلحة المتهم عند الشك في معنى النص القانوني. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. crim., 5 juill. 1900: S. 1903, 1, p. 549- Cass. crim., 13 avr. 1951: D. 1951, 1, p. 473.

يعد من وسيلة لتكملة أو توضيح النص سوى عن طريق التحكم والاستنتاج^(١١٠).

٤١ - (٣) - القاضي وتفسير القانون الأجنبي: عندما يلتزم القاضي الفرنسي بتطبيق القانون الأجنبي؛ عملاً بقاعدة الإسناد الفرنسية، فإن ذلك يوجب تطبيقه وفقاً للمفهوم السائد في دولة القانون الأجنبي. وأساس ذلك، أن أطراف العلاقة يُرتبون تصوراتهم في ضوء القانون الأجنبي الذي تُحدده قاعدة الإسناد. وهنا تثار مُشكلة تفسير القانون الأجنبي بالإضافة إلى مُشكلة العلم به.

وفي الوقت الراهن، يلتزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي؛ ويطلب مُساعدة الأطراف عند اللزوم مع احترام مبدأ المواجهة، ويتعين عليه تبرير التفسير الذي يتبناه. ولا يخضع هذا التفسير؛ من حيث المبدأ، لرقابة محكمة النقض إلا إذا وقع من قاضي الموضوع تحريف للمعنى الواضح للقانون الأجنبي حسب ما تكشف عنه المُستندات المُقدمة في الدعوى^(١١١).

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز للقاضي الفرنسي أن يتولى بنفسه تفسير القانون الأجنبي، إذا لم يثبت له المعنى الحقيقي لهذا القانون. وإنما يتعين عليه العودة لتطبيق القانون الفرنسي؛ باعتبار أن قانون القاضي له صفة احتياطية في هذه الحالة. فعدم وجود معنى واضح للقانون الأجنبي يعني أن الأطراف لم يرتبوا أي تصور استناداً لهذا القانون، ومن ثم فلا مجال لإعمال قاعدة الإسناد^(١١٢).

(١١٠) إذ الشك في هذه الحالة يجب أن يقود القاضي إلى اعتبار الواقعة لا تستجيب لتجريم القانون؛ ومن ثم الحكم بالبراءة، انظر: P. CONTE: Les silences de la loi et du juge en matière pénale selon Portalis, matière à commentaires in Le Discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon, Litec, 2004, p. 29.

(١١١) وتطبيقاً لذلك، انظر: Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2006: Rev. crit. DIP 2006, p. 833, note S. Bollée. ويرى بعض الفقه أن عدم اعتناق قاضي الموضوع لمعنى القانون الأجنبي لا يخضع لرقابة محكمة النقض، إذا ثبت للقاضي قانوناً عدم تطابق المعنى الثابت في الأوراق المُقدمة في الدعوى مع المعنى الحقيقي للقانون. بل على العكس، يخضع حكم قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض إذا تبنى معنى القانون الأجنبي وفق ما ورد في المُستندات دون التحقق من مدى تطابق ما جاء فيها مع الواقع، انظر: Lycette CORBION: Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle, JurisClasseur Civil, Fasc. 106, n. 36- H. MOTULSKY: L'évolution récente de la condition de la loi étrangère, Mélanges R. Savatier, Dalloz 1965, p. 681 s., spécialement p. 702. H. MUIR WATT: Note sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1997, Rev. crit. DIP 1998, p. 292- B. (١١٢) انظر: ANCEL et Y. LEQUETTE: comm. sous Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 1961, GAJFDIP 2006, p. 307.

[د.علي عبد الحميد تركي]

٤٢ - (٤) - القاضي وتفسير المعاهدات: للقاضي سلطة وعليه واجب؛ في ذات الوقت، تفسير المعاهدة واجبة التطبيق على النزاع. ومن ثم؛ لا يجوز له إحالة التفسير إلى وزارة الخارجية، ولا يلتزم بتبرير تفسيره للمعاهدة. ومبدأ علو المعاهدة على القانون الداخلي يقتضي التزام القاضي بتطبيق مبادئ ووسائل تفسير المعاهدات الدولية، واحترام التفسير الذي تقوم به الأجهزة المعنية بالعمل على احترام تلك المعاهدات. ولا يتقيد القاضي بالتفسير الذي تقدمه الحكومة من جانب واحد. أما إذا كان هناك تفسير رسمي للمعاهدة من جانب أطرافها، فذلك يُعد بمثابة معاهدة جديدة يتقيد بها القاضي، وتخضع لتفسير جديد من جانبه^(١١٣). وتجدر الإشارة أن المعاهدة الجديدة لا تسري على الدعاوى المنظورة أمام المحاكم، هذا ما لم تكتسب المعاهدة صراحة وصف المعاهدة التفسيرية^(١١٤).

الفرع الثاني

التحولات المعاصرة والالتزام القضائي بتفسير القانون

٤٣ - تمهيد: منذ إصدار القانون المدني الفرنسي؛ عام (١٨٠٤)، لم يطرأ أي تعديل على نص المادة (٤) منه. ومع ذلك، فإن التحولات بشأن مفهوم مهمة القاضي، والتعقيدات المتزايدة للقانون^(١١٥)، أدى إلى تطور هائل في نطاق المادة سألقة الذكر، بالنسبة لتفسير القانون. ومن ثم؛ كانت الحاجة لبعض الحلول لمساعدة القاضي في تفسير القانون. ونتناول هذه المسائل بشيء من التفصيل.

٤٤ - أولاً: التحولات المرتبطة بتغير مهمة القاضي: المهمة الأساسية للقاضي هي الفصل في المنازعات، كما يقوم بدور في الصلح والرقابة على دستورية القوانين^(١١٦). وتنوع

(١١٣) انظر: D. ALLARD: Jamais, parfois, toujours, réflexions sur la compétence de la Cour de cassation en matière d'interprétation des conventions internationales, RGDI 1996, p. 599.

(١١٤) انظر: B. ANCEL et Y. LEQUETTE: Note sous CE, Ass., 29 juin 1990 et Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1995, GAJFDIP 2006, p. 704.

(١١٥) انظر: B. OPPETIT: La résurgence du rescrit, D. 1991, chron. p. 105, reproduit in Droit et modernité, PUF 1998, p. 153.

(١١٦) انظر: F. OST: Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur, trois modèles de justice, in Fonction de juger et pouvoir judiciaire, transformations et déplacements, Publication des Facultés

مهمة القاضي يؤدي أحياناً لتراجع التزامه بالتفسير، وأحياناً لتغير أو تحول هذا الالتزام.

٤٥ - (١) - تراجع التزام القاضي بالتفسير: ويحدث هذا التراجع عندما يُحول الأطراف القاضي مهمة التفويض بالصُلح، حيث يستطيع هذا الأخير الفصل في النزاع دون تطبيق القانون، (م ١٢/٤ مُرافعات فرنسي)، ومن ثم لا حاجة للتفسير. كما يتحقق هذا التراجع عندما يُقيد الأطراف القاضي بالتكييف والنقاط القانونية التي يرغبون في قصر الخصومة عليها، (م ١٢/٢، ٣ مُرافعات فرنسي)، حيث تنقيد سلطته وواجبه في التفسير أيضاً. ويتراجع التزام القاضي دائماً عندما يُحول القانون إمكانية تخفيف القاعدة القانونية باستعمال سلطته في التعديل، (م ١١٥٢/٢ مدني فرنسي)^(١١٧).

٤٦ - (٢) - تغير مفهوم التزام القاضي بالتفسير: ويحدث هذا التغير عندما يكون القاضي مُلزماً بتطبيق قانون غامض وترمي نصوصه لأهداف مُعينة؛ في شكل مبادئ تحمل قيماً أخلاقية ومصالح أقل أو أكثر انتشاراً، والتي وُجدت في كل الأوقات ولكنها تتعدد في الوقت الراهن^(١١٨). وعدم التحديد المُسبق للقاعدة القانونية، يفرض على القاضي عبء المشاركة في تحديدها، بل القيام بتحديدتها في بعض الأحيان^(١١٩). وفي هذه الحالة فإن القاضي لا يحكم وفقاً لقاعدة قانونية موجودة، وإنما تنشأ تلك القاعدة من تطبيق القاضي لها. فالأمر لا يتعلق هنا بقاعدة موجودة من قبل وتتطابق مع تلك التي يتعين على القاضي تطبيقها، (عملاً بالمادة ١٢/١ مُرافعات فرنسي)، وتفسيرها، (وفقاً للمادة (٤) من القانون المدني الفرنسي)، وإنما القاعدة هي حل عادل يتفق مع ما يُعتبر من

universitaires de Saint-Louis 1983, p. 1- M.-A. FRISON-ROCHE: Les offices du juge, Écrits en hommage à Jean Foyer, PUF 1997, p. 463- D. SALAS: Le juge aujourd'hui in Mots de la justice, Droits n° 34, PUF 2001, p. 61.

(١١٧) وتقضي بأنه يُمكن للقاضي؛ ولو من تلقاء نفسه، تخفيف أو زيادة الجزاء المُتفق عليه، إذا تبين أنه مُبالغ فيه أو أنه زهيد. وكل شرط مُخالف يُعتبر غير مكتوب. وتجري عبارة هذه الفقرة باللغة الفرنسية كالتالي:

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.

(١١٨) كمبدأ المُساواة، وحُسن النية، ومصلحة الطفل، ومصلحة الأسرة، الخ ...

G. TIMSIT: Archipel de la norme, Les voies du droit, PUF 1997, p. 146 et s. (١١٩) انظر:

[د. علي عبد الحميد تركي]

المبادئ العامة، يُصدره القاضي بعد تقديره ووزنه للمصالح العملية الخاصة^(١٢٠).

ولا ريب أن ذلك يؤدي إلى تحول في التزام القاضي بتفسير القانون، كما يقود إلى تلاشي هذا الالتزام لصالح خلق قاعدة قانونية دون قيد أو شرط^(١٢١).

٤٧- ثانياً: التحولات المرتبطة بالتعقيدات المتزايدة للقانون: عند صدور القانون المدني الفرنسي؛ في عام (١٨٠٤)، لم تكن المادة (٤) منه تحتفظ للقاضي باحتكار تفسير القانون. وإنما كان المشرع يُنازع القاضي هذا التفسير، حتى مُنح هذا الأخير احتكار التفسير عام (١٨٣٧).

ومع ذلك، فإن احتكار القاضي لتفسير القانون ينحصر في نطاق القضية. ومن ثم؛ ليس هناك ما يحول دون قيام المشرع بهذا التفسير، وأن تكون له الكلمة الأخيرة في هذا الخصوص. فيملك المشرع إصدار قانون تفسيري، يُخالف التفسير السائد قضاء للقانون محل التفسير. ولكن شرعية سريان القانون التفسيري على القضايا المنظورة أمام المحاكم يتوقف على وجود مُبرر قهري يتعلق بالمصلحة العامة^(١٢٢).

ومع الانتقال من مرحلة مركزية التشريع في الدولة إلى دولة تتسم بتعددية مصادر القانون؛ وبعض هذه المصادر له الصفة الدستورية أو الدولية، فقد انضم في مُنافسة المشرع في مجال تفسير القانون بعض الجهات الأخرى. ومن هذه الجهات: المجلس الدستوري^(١٢٣)، ومحكمة العدل الأوروبية؛ حيث تتولى تفسير القانون الأوروبي، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والإدارة المعنية بتطبيق القانون. وعلاوة على ما

(١٢٠) انظر: J. CHEVALLIER: L'État post-moderne, Droit et société 2004, n° 35, p. 123- A. BOLZE: Codification et procédure civile in Le Nouveau Code de procédure civile (1975-2005), op. cit., p. 95.

(١٢١) وحول مخاطر هذا التحول، انظر:

P. MARTENS: Théories du droit et pensée juridique contemporaine, Larcier 2003, p. 214.

(١٢٢) ويذهب بعض الفقه إلى أنه إذا انتهى هذا المبرر يُمكن مُساءلة الدولة جراء إصدار قانون تفسيري يُخالف التعهدات الدولية. وحول هذه المسألة، انظر: D. SIMON: La jurisprudence récente du Conseil d'État, le grand ralliement à l'Europe des juges, Europe 2007, comm. 3, n° 8 à 13.

(١٢٣) ولا يُباشر المجلس تفسير النص القانوني المُحال إليه إلا في الإطار الذي يكون فيه تفسيره ضرورياً لتقدير مدى دستوريته. وتطبيقاً لذلك، انظر: Cons. const., 24 juill. 1991: Déc. n° 91-298 DC- R. LIBCHABER: Réserves d'interprétation et office du Conseil constitutionnel, RTD civ. 1997, p. 785.

تقدم، فإن التعقيد المتلاحق للقانون يتولد عنه؛ بالضرورة، عدم استقراره وتغيُّره، ويُغذي الضيق والتبرم من استعماله^(١٢٤).

٤٨ - ثالثاً: بعض الحلول التي تُساعد القاضي في تفسير القانون: رغم تعقيدات القانون وتعدد جهات تفسيره؛ في فرنسا، فإنه عند حدوث نزاع مُعين يتعين على القاضي ترجيح أحد تلك التفسيرات. ومن ثم؛ يظل القضاء هو من يُحدد تفسير القوانين في مجال القانون الخاص^(١٢٥). وقد ظهرت بعض الحلول التي تهدف إلى مُساعدة القاضي في أداء دوره في تفسيره القانون، بغرض اختصار الوقت، أو توحيد التفسير، أو كلا الأمرين معاً. ومن هذه الحلول، ما يلي:

٤٩ - (١) - نظام الإحالة لإبداء الرأي من محكمة النقض: في ١٥ مايو ١٩٩١ صدر في فرنسا القانون رقم (٤٩١-٩١)^(١٢٦)، مُتضمناً تعديلاً لقانون التنظيم القضائي. وبموجب هذا التعديل أُضيف إلى القسم الأول من الكتاب الأول من هذا القانون باب جديد بعنوان: "Saisine pour avis de la cour de cassation"، الإحالة لإبداء الرأي من محكمة النقض^(١٢٧). واشتمل هذا الباب الجديد على ثلاث مواد تُبين الشروط الموضوعية والشكلية لنظام الإحالة لإبداء الرأي من محكمة النقض حول مسألة قانونية في غير المسائل الجنائية، وتُبين أيضاً تشكيل محكمة النقض عند نظرها لطلب إبداء الرأي^(١٢٨).

(١٢٤) انظر: B. OPPETTIT: La résurgence du rescrit, art. préc. in Droit et modernité, op. cit., p. 164.
(١٢٥) انظر: B. OPPETTIT: L'essor des réponses ministérielles, D. 1974, chron. p. 107, reproduit in Droit et modernité, op. cit., p. 137 et s.

(١٢٦) ونُشر هذا القانون بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية في ١٨/٥/١٩٩١، ودخل حيز النفاذ بالمرسوم الصادر في ٣١/٧/١٩٩٢.

(١٢٧) وخضعت النصوص المنظمة لأحكام هذا النظام لعدة تعديلات تشريعية، وذلك بموجب القانون رقم ٥٣٩-٢٠٠١، الصادر في ٢٥/٦/٢٠٠١، والأمر رقم ٦٧٣-٢٠٠٦، الصادر في ٨/٦/٢٠٠٦، والمنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية بتاريخ ٩/٦/٢٠٠٦.

(١٢٨) وإعمالاً لهذه الأحكام، أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٢٢٨-٩٢ بتاريخ ١٢/٣/١٩٩٢ أضاف بمقتضاه إلى الباب السابع من الكتاب الثاني من قانون المرافعات فصلاً سادساً بعنوان: "La saisine pour avis de la cour de cassation"، الإحالة لإبداء الرأي من محكمة النقض. وتضمن هذا الفصل سبع مواد تُبين إجراءات وأثار الحكم بالإحالة لإبداء الرأي، وميعاد إصدار محكمة النقض لردائها، والإجراءات والآثار المترتبة بعد إصدار الرأي في المسألة المطروحة. والمادة ١٠٣١-١ من قانون المرافعات، والمضافة بالقانون المشار إليه، خضعت للتعديل بموجب القانون رقم ٤٦٠-٢٠٠٥، الصادر في ١٣/٥/٢٠٠٥.

[د. علي عبد الحميد تركي]

ويهدف نظام الإحالة لإبداء الرأي إلى تقليل عدد الطعون أمام محكمة النقض، وتوحيد تطبيق وتفسير القانون؛ الذي يرتبط به النزاع، في أسرع وقت ممكن^(١٢٩). وإعمالاً لذلك نجد المادة (L. 441-1)، من قانون التنظيم القضائي الفرنسي، تنص على أنه: "قبل الفصل في مسألة قانونية جديدة، تُثير صعوبة جدية وتثار في منازعات متعددة، يُمكن لمحاكم جهة القضاء العادي، بموجب حكم لا يقبل الطعن، أن تطلب الرأي من محكمة النقض. ومع ذلك يُمكن اتخاذ الإجراءات المُستعجلة والتحفظية الضرورية"^(١٣٠).

(١٢٩) فإذا كانت الوظيفة والمهمة الأساسية لمحكمة النقض تتجسد في ضمان احترام القانون وتوحيد تفسيره، وذلك من خلال مُراقبتها لمدى مُطابقة الحكم المطعون فيه للقواعد القانونية، فإن ممارسة المحكمة لهذه المهمة، مُند نشأة المحكمة وحتى وقت ليس ببعيد، هي ممارسة لاحقة على تطبيق قضاة الموضوع للقانون. إلا أن المُشرع أراد لمحكمة النقض أن تنهض بذات الدور، توحيد تطبيق وتفسير القانون، ولكن بأسلوب جديد وسريع. وتحقيقاً لذلك أنشأ المُشرع نظاماً بمقتضاه يُمكن لمحاكم الموضوع، وفقاً لشروط مُعينة وقبل الفصل في موضوع الدعوى، أن تُحيل الأمر إلى محكمة النقض لإبداء رأيها حول مسألة قانونية جديدة تُثير إشكالاً جدياً بخصوص منازعات مُتعددة. وحول نظام الإحالة لإبداء الرأي من محكمة النقض، انظر: H. M. DARNAVILLE: La saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, AJDA 2001, 416 – Isabelle CARPART: L'encombrement croissant de la Cour de cassation, Petites Affiches 6 février 1995 – M. COMBARNOUS: Une étape décisive dans la Anee-Marijke MOAGAN DE modernisation du contentieux administratif, AJDA 1988, p. 76- M. Jean BUFFET: RIVERY-GUILLAUD: La saisine pour de la Cour de cassation, JCP 1992, p. 173- La saisine pour avis de la Cour de cassation, Exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000.

(١٣٠) وأصل هذه المادة، مع اختلاف في الصياغة، هو نص المادة (L. 151-1)، من قانون التنظيم القضائي والتي كانت أضيفت بموجب القانون رقم ٤٩١-٩١، الصادر في ١٥/٥/١٩٩١، والمتضمن الأخذ بنظام الإحالة إلى محكمة النقض لإبداء الرأي في المسائل غير الجنائية. وبموجب القانون رقم ٥٣٩-٢٠٠١، الصادر في ٢٥/٦/٢٠٠١، عُدلت المادة ١٥١-١ المشار إليها، واشتملت التعديلات على ما يلي: ١- فيما يتعلق بالفقرة الأولى: (أ)- استبدل المُشرع عبارة "قبل الفصل في مسألة قانونية جديدة" Avant de statuer sur une question de droit "nouvelle" بعبارة "قبل الفصل في طلب يُثير مسألة قانونية جديدة" Avant de statuer sur une demande "nouvelle" soulevant une question de droit nouvelle (ب)- فيما يتعلق بالفقرة الرابعة: تمسحاً مع القانون رقم ٥٣٩-٢٠٠١، والذي تضمن الأخذ بنظام الإحالة إلى محكمة النقض لإبداء الرأي في المسائل الجنائية، فكان من الطبيعي إلغاء الفقرة الرابعة المشار إليها، والتي كانت تنص على عدم تطبيق أحكام المادة ١٥١-١ على المسائل الجنائية. وبمقتضى الأمر رقم ٦٧٣-٢٠٠٦، الصادر في ٨/٦/٢٠٠٦، استبدل المُشرع المادة (L. 441-1) من قانون التنظيم القضائي بالمادة (L. 151-1) من ذات القانون. وعبارة المادة (L. 441-1) باللغة الفرنسية هي كالتالي:

" Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation. Toutefois, les mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires peuvent être prises ".

ويُستفاد من نص هذه المادة أن المُشرع وضع شروطاً موضوعية عامة لكي تستطيع أي محكمة، من محاكم جهة القضاء العادي، اللجوء إلى إجراءات الإحالة إلى محكمة النقض لإبداء الرأي. وحول الشروط العامة، الموضوعية والإجرائية، لنظام الإحالة إلى محكمة النقض لإبداء الرأي، انظر: G. KEROMENES: La saisine pour avis de la Cour de

والرأي الصادر عن محكمة النقض لا يُقيد محكمة الموضوع التي طلبته، (art. L. 441-3)، من قانون التنظيم القضائي الفرنسي^(١٣١). ويصدر الرأي بصورة مُجرّدة، ولا يتناول بشكل مُباشر الفصل في أي جانب من النزاع، وأهميته للمحكمة التي طلبته تكمن في أنه يُساعد على الفصل في المُشكلة المعروضة عليها. وإذا كان رأي محكمة النقض؛ من الناحية النظرية، يصدر مُجرّداً، ولا يُقيد محكمة الموضوع، إلا أنه يُعتبر؛ في الواقع، ذا تأثير أدبي على القاضي الذي طلبه بصورة أكبر من كونه مُجرّد رأي فقهي^(١٣٢).

وهكذا؛ في حالة طلب قاضي الموضوع للرأي، فإن رأي القانوني سيتبنى رأي محكمة النقض. وبذلك يُصدر القاضي حكماً قضائياً يفصل بموجبه في النزاع، مع أنه لم يقدّم بنفسه بتفسير القاعدة القانونية. وهذا ما دفع البعض إلى القول بأن إجراء الإحالة لمحكمة النقض لإبداء الرأي يدعو إلى قراءة المادة ٤ من القانون المدني بشكل مُختلف. فقاضي الموضوع الذي يصطدم بصمت القانون، أو بغموضه، أو عدم كفايته، يُمكنه الآن تلقي رأي محكمة النقض قبل الفصل في النزاع^(١٣٣).

وفي المُقابل؛ يرى جانب آخر من الفقه^(١٣٤) أن طلب الإحالة لإبداء الرأي من محكمة النقض هو تعبير عن نوع من فلسفة وقائية ترمي للتعاون بين القضاة والتعرف على رأي من تكون له الكلمة الأخيرة من القضاة في أسرع وقت مُمكن، وأن هذا التبادل للآراء يجب الإكثار منه في ضوء التطور المُعاصر للإجراءات المدنية.

cassation, Examen des conditions de recevabilité des demandes, Gaz. pal. 3-4 nov. 1997- A. PERDRIAU: La loi organique du 25 juin 2001 et la Cour de cassation, JCP 2001, Act. p. 1657 - L. CADIET: JCP 2001, I, 362, n. 18- Ane-Marijke MOAGAN DE RIVERY-GUILLAUD: La saisine pour de la Cour de cassation, JCP 1992, p. 173.

(١٣١) وتجري عبارة هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالي:

L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande.

وينبغي أن ينال هذا الرأي ما يستحقه من التفكير، خاصة أنه سيعمل على توجيه الأحكام الصادرة عن محاكم الموضوع مُستقبلاً، ويُساعد في توحيد تفسير القضاء للمسألة القانونية محل إبداء الرأي.

(١٣٢) هذا فضلاً عن تأثيره في محاكم الموضوع الأخرى بعد نشره في دوريات أحكام محكمة النقض.

(١٣٣) انظر: J. MOURY: De quelques aspects de l'évolution de la "jurisdiction" (en droit judiciaire privé) in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges R. Perrot, Dalloz 1996, p. 305.

(١٣٤) انظر: P. CHAUVIN: La saisine pour avis in, L'image doctrinale de la Cour de cassation, La documentation française, p. 109.

[د. علي عبد الحميد تركي]

٥٠- (٢)- الإحالة إلى محكمة العدل الأوروبية لتفسير القانون الأوروبي: تعمل فلسفة تبادل الآراء؛ المشار إليها أعلاه، على تشجيع آلية إحالة مسألة تفسير القانون الأوروبي؛ كمسألة أولية، إلى محكمة العدل الأوروبية^(١٣٥). فنجد المادة (٢٦٧) من معاهدة محكمة العدل الأوروبية^(١٣٦) تقضي بأنه، عندما تُثار مسألة تفسير قانون أوروبي أمام إحدى المحاكم الوطنية لدولة من الدول الأعضاء، فإنه يُمكن لهذه المحكمة؛ إذا قدرت أنه من الضروري للفصل في النزاع تفسير المسألة القانونية، أن تطلب من محكمة العدل الأوروبية الفصل في تلك المسألة. وعندما تكون المسألة القانونية مثارة في دعوى منظورة أمام محكمة وطنية وأحكامها لا تقبل الطعن عليها وفقاً للقانون الداخلي، وجب على هذه المحكمة إحالة المسألة القانونية إلى محكمة العدل الأوروبية.

والإحالة الاختيارية إلى محكمة العدل الأوروبية ليست مسألة أولية، وإنما هي بمثابة نوع من آليات التعاون لأغراض توحيد القانون الأوروبي وسرعة تفسيره^(١٣٧). أما الإحالة الوجوبية؛ إلى محكمة العدل الأوروبية، فتهدف أيضاً إلى ضمان وحدة القانون الأوروبي في كل الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. ولا يملك قضاة الموضوع الامتناع عن الإحالة إلا إذا كانت المسألة القانونية المطلوب تفسيرها واضحة ولا مجال لأي شك حول المقصود منها^(١٣٨)،

(١٣٥) وبموجب هذه الإحالة تعمل محكمة العدل الأوروبية على التعاون مع جميع محاكم الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. ويرمي هذا التعاون إلى ما يلي: (أ)- ضمان تطبيق حقيقي ومُتَنَاعِم لتشريعات الاتحاد الأوروبي؛ وذلك لتجنب أي تفسير مُغاير. (ب)- تمكين قضاة الموضوع من التحقق من مُطابقة القانون الأوروبي مع قوانينهم الداخلية. (ج)- مراقبة مدى صحة إجراء يقضي به القانون الأوروبي. (د)- تمكين كل مواطن أوروبي من معرفة قواعد الاتحاد الأوروبي الخاصة به. وتجدر الإشارة أن ما يصدر عن محكمة العدل الأوروبية ليس مجرد إبداء للرأي، وإنما هو حكم أو أمر قضائي مُسبب. وتنقيد المحكمة الوطنية؛ وهي تفصل في النزاع المنظور أمامها، بالتفسير الذي يصدره محكمة العدل الأوروبية. بل إن الحكم الصادر بالتفسير من محكمة العدل الأوروبية يُقيد المحاكم الوطنية الأخرى؛ وذلك عندما تنظر نزاعاً مماثلاً. ولا تقبل الإحالة إلى محكمة العدل الأوروبية بطلب التفسير إلا من محاكم وطنية، ويُمكن التدخل في الإجراءات أمام محكمة العدل من كل الأطراف الممثلين أمام المحكمة الوطنية المحيلة لطلب التفسير، وكذلك الدول الأعضاء وأجهزة وهيئات الاتحاد الأوروبي.

(١٣٦) مُعدلة بموجب معاهدة لشبونة في ٢٠٠٩.

(١٣٧) انظر: F.-C. JEANTET: Originalité de la procédure d'interprétation du Traité de Rome, JCP G 1966, I, 1987.

(١٣٨) وتطبيقاً لذلك، انظر: CJCE, 6 oct. 1982, aff. 283/81, CILFIT: Rec. CJCE 1982, I, p. 3415.

أو إذا كانت تلك المسألة محلاً لطلب بالتفسير من قبل^(١٣٩).

وسواء أكانت الإحالة اختيارية أم وجوبية، فإن رأي محكمة العدل الأوروبية بالتفسير يكون مجرداً ويتعلق فقط بالمسألة القانونية محل التفسير^(١٤٠).

٥١ - (٣) - الإحالة إلى محكمة العدل الأوروبية لطلب تفسير اتفاقية بروكسل: كانت المادة (٣) من بروتوكول تفسير اتفاقية بروكسل^(١٤١) تقضي بأنه عندما تُطرح مسألة تفسير أحكام الاتفاقية في دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم العليا للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، فإن هذه المحكمة؛ إذا قدرت ضرورة هذا التفسير لإصدار حكمها، تكون مُلزَمة بأن تطلب من محكمة العدل الأوروبية الفصل في مسألة التفسير. أما إذا أُثيرت مسألة تفسير الاتفاقية أمام إحدى محاكم الدول الأعضاء في الاتحاد وهي تنظر دعوى في مرحلة الاستئناف، فإن هذه المحكمة؛ إذا قدرت ضرورة التفسير لإصدار حكمها، يُمكنها طلب التفسير من محكمة العدل الأوروبية^(١٤٢).

واعتباراً من صدور التوجيه الأوروبي رقم (١٣٤٤) لسنة (٢٠٠١)، أصبحت الإحالة إلى محكمة العدل الأوروبية؛ لطلب التفسير كمسألة أولية، تقتصر على المحاكم الوطنية؛ للدول الأعضاء في المجلس الأوروبي، بشرط أن تكون أحكام تلك المحاكم لا تقبل الطعن بأي طريق وفقاً للقانون الداخلي. ومن ثم؛ لم يعد ممكناً طلب تفسير اتفاقية بروكسل من محاكم الاستئناف، كما أصبح هذا الطلب اختيارياً للمحاكم العليا.

(١٣٩) وتطبيقاً لذلك، انظر: CJCE, 27 mars 1963, aff. C-28 à 30/62, Da Costa: Rec. CJCE 1963, I, p. 75. وفي هذا الشأن تتفق الإحالة إلى محكمة العدل الأوروبية مع الإحالة لإبداء الرأي من محكمة النقض. (١٤٠) وأُبرمت هذه الاتفاقية في ٢٧/٩/١٩٦٨؛ بين أعضاء الاتحاد الأوروبي، وتتعلق بتنفيذ الأحكام في مجال المسائل المدنية والتجارية. وتفسير نصوص الاتفاقية صدر بشأنه بروتوكول في ٣/٦/١٩٧١؛ ودخل حيز التنفيذ في ١/٩/١٩٧٥.

(١٤٢) وتجري عبارة هذه المادة باللغة بالفرنسية كالتالي: 1. Lorsqu'une question portant sur l'interprétation de la convention et des autres textes mentionnés à l'article 1^{er} est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction indiquée à l'article 2 point 1, cette juridiction, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, est tenue de demander à la Cour de justice de statuer sur cette question.

2. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction indiquée à l'article 2 points 2 et 3, cette juridiction peut, dans les conditions déterminées au paragraphe 1, demander à la Cour de justice de statuer.

وحددت المادة ١/٢ من البروتوكول المحاكم العليا؛ في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، التي يجوز لها طلب التفسير من محكمة العدل الأوروبية.

خاتمة البحث

لعله من المفيد؛ في ختام هذا البحث، أن نُسجل ما أسفر عنه من نتائج، وما نقترحه من توصيات؛ وذلك على النحو التالي:

أولاً: نتائج الدراسة: وتتمثل تلك النتائج فيما يلي:

(١)- كل ما يتعلق بالوقائع يدخل ضمن مجال الأطراف. فمن جهة؛ يقع على عاتق هؤلاء فقط تقديم الوقائع التي تدعم الادعاءات التي يرغبون في عرضها أمام القاضي، (م ٦ مرفعات فرنسي). ولا يجوز للقاضي تأسيس حكمه على وقائع لم تُطرح عليه، (م ٧ مرفعات فرنسي). ومع ذلك؛ يُمكن للقاضي أن يأخذ في اعتباره وقائع مطروحة أمامه رغم عدم تمسك الأطراف بها، (م ٢/٧ مرفعات فرنسي). ومن جهة أخرى؛ عبء إثبات الوقائع يقع على عاتق الأطراف، (م ٩ مرفعات فرنسي). ولكن إثبات الوقائع ليس حكراً على الأطراف وحدهم، حيث يوجد دور للقاضي في هذا المجال، (م ١٠، ١١ مرفعات فرنسي).

(٢)- التزام القاضي بالفصل في النزاع، وأن يكون هذا الفصل في كل ما هو معروض عليه وفيما هو معروض عليه فقط. ويكون التزام القاضي بالفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية واجبة التطبيق عليه، (م ١/١٢ مرفعات فرنسي)، وبطبيعة الحال، يُفترض علم القاضي بهذه القواعد. ومع ذلك؛ لا يستبعد المشرع أي دور للأطراف في مجال القانون، حيث يتعين عليهم ذكر الأسانيد القانونية التي تدعم ادعاءاتهم في صحيفة الدعوى، وإلا ترتب على ذلك بُطلانها شكلاً، (م ٥٦ مرفعات فرنسي). غير أن ذكر الأطراف لتلك الأسانيد لا يُقيد القاضي، حيث يتعين عليه تكييف الوقائع وتطبيق النص القانوني المناسب وإلا كان منكراً للعدالة ومُخالفًا لالتزامه بالفصل في النزاع، (م ٤ مدني فرنسي، ١/١٢ مرفعات فرنسي).

(٣)- لا يُمكن للقاضي رفض الفصل في النزاع بسبب عدم كفاية الأدلة. إذ يستطيع القاضي أن يأمر بإجراء من إجراءات التحقيق، بشرط ألا يكون هذا الإجراء

تكملة لتقصير الخصم الذي يتعين عليه إعداد الدليل، (م ١٤٦ مرفعات فرنسي).

(٤)- في سبيل أداء الالتزام بالفصل في النزاع، يجب على أي قاض تفسير النص القانوني المنطبق على النزاع. وقد تأثر هذا الواجب القضائي في التفسير بالتحويلات المعاصرة لمهمة القاضي وبتشابك القوانين وتعددتها.

ثانياً: التوصيات: نُهيب بالمشعر المصري أن يُضمن قانون المرافعات؛ في مواد الأحكام العامة، ما يلزم من النصوص التي توضح بشكل قاطع ما يلي:

(١)- أن تقديم الوقائع؛ التي تدعم الطلبات في الدعوى، يقع على عاتق الخصوم، وأن القاضي لا يُمكنه تأسيس حكمه على وقائع لم تُطرح أمامه، مع إمكانية تأسيس الحكم على وقائع مطروحة في الدعوى رغم عدم تمسك الأطراف بها.

(٢)- أن عبء إثبات الوقائع يقع على عاتق الأطراف، مع تحويل القاضي دوراً إيجابياً في هذا الصدد؛ بحيث يكون من سلطته الأمر باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق المقبولة قانوناً والتي تساعد على الفصل في الدعوى، بشرط ألا يكون هذا الإجراء تكملة لتقصير الخصم الذي يتعين عليه إعداد الدليل.

(٣)- التزام القاضي بالفصل في النزاع، دون التذرع بعدم كفاية، أو غموض، النصوص؛ وإلا تعرض للمساءلة المدنية والجنائية. ويجب أن يكون الفصل في النزاع في كل ما هو معروض على القاضي وفيما هو معروض عليه فقط؛ وذلك في خلال مدة معقولة. ويكون التزام القاضي بالفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية واجبة التطبيق عليه.

قائمة المراجع

1. OUVRAGES GÉNÉRAUX:

- 1- H. SOLUS ET R. PERROT: Droit judiciaire prive, éd. 1963, t. 1 et III.
- 2- J. HÉRON et T. LE BARS: Droit judiciaire privé.
- 3- J. VINCENNT et S. GUINCHARD: Procédure civile, Précis Dalloz, 21^{ème} éd.
- 4- S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS: Procédure civile.

2. OUVRAGES SPÉCIAUX ET ARTICLES

- 1- A. BOLZE: Codification et procédure civile in Le Nouveau Code de procédure civile (1975-2005).
- 2- A. M. MOAGAN DE RIVERY-GUILLAUD: La saisine pour de la Cour de cassation, JCP 1992, p. 173.
- 3- A. PERDRIAU: La loi organique du 25 juin 2001 et la Cour de cassation, JCP 2001, Act. p. 1657- Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de l'équité?, Gaz. pal. 9 nov. 1996.
- 4- A. TISSIER: Le centenaire du Code de procédure civile et les projets de réforme, RTD civ. 1906.
- 5- B. ANCEL et H. MUIR WATT: L'office du juge et la loi étrangère in Le nouveau Code de procédure civile 1975-2005.
- 6- B. BEIGNIER: Portalis et le droit naturel dans le Code civil, Revue d'histoire des Facultés de droit et de Science juridique, 1988, n° 6, p. 77.
- 7- B. BOULOC: Le secret professionnel du banquier: principe et limites, Gaz. pal. 27-29 juin 2004, p. 15.
- 8- B. MOREAU: Secret bancaire et communication de pièces, Gaz. pal. 27-29 juin 2005.
- 9- B. OPPETTIT: La résurgence du rescrit, D. 1991, chron. p. 105, reproduit in Droit et modernité, PUF 1998, p. 153- La résurgence du rescrit, art. préc. in Droit et modernité, op. cit., p. 164- L'essor des réponses ministérielles, D. 1974, chron. p. 107, reproduit in Droit et modernité, op. cit., p. 137 et s.
- 10- C. ALBIGÈS: De l'équité en droit privé, LGDJ, 2000.
- 11- C. BLÉRY: Des effets dévastateurs du principe de concentration des moyens, Procédures 2010, focus n° 1.
- 12- C. LEFORT: Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard, Dalloz,

2010, p. 807.

- 13- C. PERELMAN: Logique juridique, Nouvelle rhétorique, Dalloz, 2^e éd. 2001; Le problème des lacunes en droit, Travaux du centre national de recherches de logique: Bruylant, 1968, spéc. F. TERRÉ: Les lacunes du droit, p. 143 s.
- 14- CHRON. Ph. BERTIN: L'indication du fondement juridique de la demande, un atout superflu?, Gaz. pal. 1987, 2, doct. p. 839.
- 15- Cl. PARODI: L'esprit général et les innovations du [...] Code de procédure civile, éd. Defrénois 1976.
- 16- D. ALLARD: Jamais, parfois, toujours, réflexions sur la compétence de la Cour de cassation en matière d'interprétation des conventions internationales, RGDIP 1996, p. 599.
- 17- D. SALAS: Le juge aujourd'hui in Mots de la justice, Droits n° 34, PUF 2001, p. 61.
- 18- D. SIMON: La jurisprudence récente du Conseil d'État, le grand ralliement à l'Europe des juges, Europe 2007, comm. 3, n° 8 à 13.
- 19- ESTOUP: L'amicable composition, D. 1986, chron. p. 221- L'offre judiciaire d'amicable composition et de conciliation après la clôture des débats, D. 1987, chron. p. 269.
- 20- F. BUSSY: Nul ne peut être juge et partie, D. 2004, p. 1745. Cass. 3^e civ., 11 janv. 2006, Bull. civ. n. 4, p. 142.
- 21- F. HOURQUEBIE: Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Ve République, Bruylant 2004, spécialement p. 287.
- 22- F. OST: Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur, trois modèles de justice, in Fonction de juger et pouvoir judiciaire, transformations et déplacements, Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis 1983, p. 1.
- 23- F. TERRÉ: Au coeur du droit le conflit in La justice, l'obligation impossible.
- 24- F. ZÉNATI: Le citoyen plaideur in La justice, l'obligation impossible.
- 25- F.-C. JEANTET: Originalité de la procédure d'interprétation du Traité de Rome, JCP G 1966, I, 1987.
- 26- FOUCHARD: L'arbitre judiciaire, Études offertes à P. Bellet, Litec, 1991, p. 167.
- 27- G. BOLARD: Dalloz Action Procédure civile, n° 221-121.
- 28- G. BOLARD: L'arbitraire du juge, Mélanges P. Drai, Dalloz 2000- Les faits tires du dossier in Mélanges Jacques Normand, Litec, 2003- Les principes

[د.علي عبد الحميد تركي]

- directeurs du procès civil. Le droit positif depuis Motulsky, JCP G 1993, I, 3093- L'office du juge et le rôle des parties: entre arbitraire et laxisme, JCP G 2001, I, 156.
- 29- G. CORNU: Le juge arbitre, Rev. arb. 1980, p. 373- Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, Mélanges, Bellet, p. 88- Regards sur le titre III du livre III du Code civil, Cours DEA, Paris 1977, n° 183, Rapport de synthèse au XIe colloque Institut d'Études judiciaires, Poitiers, 1977, p. 120- Obs. RTD civ. 1977, p. 569.
- 30- G. KEROMENES: La saisine pour avis de la Cour de cassation, Examen des conditions de recevabilité des demandes, Gaz. pal. 3-4 nov. 1997.
- 31- G. TARZIA: Les pouvoirs du juge civil en matière de preuves: Mélanges Perrot, Dalloz 1996, 469.
- 32- G. TIMSIT: Archipel de la norme, Les voies du droit, PUF 1997.
- 33- H. LE FOYER DE COSTIL: Les connaissances personnelles du juge, RTD com. 1986, p. 517.
- 34- H. M. DARNVILLE: La saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, AJDA 2001, 416.
- 35- H. MOTULSKY: L'évolution récente de la condition de la loi étrangère, Mélanges R. Savatier, Dalloz 1965, p. 681- Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile, D. 1972, chron. p. 91.
- 36- I. CARPART: L'encombrement croissant de la Cour de cassation, Petites Affiches 6 février 1995.
- 37- J. CHEVALLIER: L'État de droit, Montchrestien, 5° éd. 2006.
- 38- J. CHEVALLIER: L'État post-moderne, Droit et société 2004, n° 35, p. 123.
- 39- J. CHEVALLIER: L'interprétation des lois in Le titre préliminaire du Code civil, G Fauré et G. Koubi [dir.]: Economica 2003.
- 40- J. CHEVALLIER: Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles, RTD civ. 1962, p. 5.
- 41- J. COMMAILLE: Formes de justice in Les mots de la justice: Droits 2002.
- 42- J. DUPICHOT: L'adage " Da mihi factum, datro tibi jus ", Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005, 425.
- 43- J. MOURY: De quelques aspects de l'évolution de la " juridiction " (en droit judiciaire privé) in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges R. Perrot, Dalloz 1996, p. 305.
- 44- J. NORMAND: Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain, RTD civ. 1998, p. 461- Principe directeurs du

- procès, office du juge, fondement des prétentions litigieuses J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 152, n. 37; Le juge et le fondement de litige, Mélanges Hébraud, p. 608, n° 22.
- 45- J. VIATTE: L'amiable de composition devant les juridictions judiciaires, Rec. gen. Lois, 1976, p. 545.
- 46- J.-Cl. BÉCANE, M. COUDERC: La loi, Méthodes du Droit, Dalloz, 1994, p. 70.
- 47- J.-P. DINTILHAC: La gestion des procédures civiles dans le temps in, Justice et Cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz 2007.
- 48- J.-P. ROYER: Histoire de la justice en France: PUF, 3^e éd. 2001.
- 49- L. ASSIER-ANDRIEU: Le droit dans les sociétés humaines: Nathan, Essais et Recherches, 1996.
- 50- L. BORÉ: L'obscurité de la loi in La création du droit jurisprudentiel, Mélanges J. Boré, Dalloz 2007, p. 27.
- 51- L. CADIET: L'équité dans l'office du juge civil; Justices, 1998.
- 52- L. CORBION: Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle, JurisClasseur Civil, Fasc. 106.
- 53- L. FAVOREU: Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge in, Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline, Dalloz 2002.
- 54- M. COMBARNOUS: Une étape décisive dans la modernisation du contentieux administratif, AJDA 1988, p. 76.
- 55- M. J. BUFFET: La saisine pour avis de la Cour de cassation, Exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000.
- 56- M. JEANTIN: Vérifications personnelles du juge, 1994, Fasc. 657.
- 57- M.-A. FRISON-ROCHE: J.-Cl. Proc. Civ. Fasc. 620- Les offices du juge, Écrits en hommage à Jean Foyer, PUF 1997.
- 58- O. DESHAYES: L'office du juge à la recherche de sens ..., D. 2008, 1102.
- 59- O. LAGRANGE: La collaboration en droit processuel, thèse Nantes, 2007, n° 470.
- 60- P. BELLET: Le juge arbitre, Rev. arb. 1980, p. 394.
- 61- P. CHAPLET: La réforme judiciaire et ses options, S. 1959, chron. p. 47.
- 62- P. CHAUVIN: La saisine pour avis in, L'image doctrinale de la Cour de cassation, La documentation française, p. 109.

[د.علي عبد الحميد تركي]

- 63- P. CONTE: Les silences de la loi et du juge en matière pénale selon Portalis, matière à commentaires in Le Discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code NapoléonM Litec, 2004, p. 29.
- 64- P. HÉBRAUD: Observations sur l'arbitre juge, Mélanges Marty, 1978, p. 625.
- 65- P. MARTENS: Théories du droit et pensée juridique contemporaine, Larcier 2003, p. 214.
- 66- P. MOOR: Pour une théorie micropolitique du droit, PUF 2005.
- 67- P. RICOEUR: Le juste in L'acte de juger, Esprit 1995, p. 185.
- 68- Ph. BLONDEL: Le fait, source de droit in Mélanges Draï, Dalloz, 2000, 203.
- 69- R. LIBCHABER: Réserves d'interprétation et office du Conseil constitutionnel, RTD civ. 1997, p. 785.
- 70- R. MACIC: Vom Gestzstaat zum Richterstaat, Springer, Wien, 1957 et pour une approche critique, J. Bouveresse, L'impuissance du juge in, Figures de justice, Études en l'honneur de J.-P. Royer, Centre d'histoire judiciaire 2004.
- 71- R. MARTIN: Le fait et le droit, ou les parties et le juge, JCP 1974, I, 2625- Réflexions sur l'instruction du procès civil, RTD civ. 1971, p. 309.
- 72- R. MOREL: Traité élémentaire de procédure civile, Sirey, 2^e éd. 1949.
- 73- S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS: Les controverses doctrinales en matière de cause, Procédure civile.
- 74- S. RIALS: L'office du juge in La fonction de juger: Droits 1989.
- 75- SIMMEL: Le conflit, rééd. Desclée de Brouwer 1933, rééd. Circé, poche, 1995.
- 76- T. KLEIN: La fonction de juge in Mélanges Pettiti, 1998, 507.
- 77- T. Le BARS: La théorie du fait constant, JCP 1999, I, 178.
- 78- T. Le BARS: Le défaut de base légale en droit judiciaire privé, thèse LGDJ, 1997.
- 79- W. BARANES et M.-A. FRRISON-ROCHE: Le souci d'effectivité du droit, D. 1996, chron. p. 30.
- 80- X. LAGARDE: Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change, JCP G 2005, I, 133.
- 81- Y. PACLOT: Recherche sur l'interprétation juridique , thèse Paris II, 1988, n° 187 s., p. 170 s.
- 82- Y.-L. HUFTEAU: Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi, PUF 1965.

3. NOTES ET OBSERVATIONS:

- 1- A. PERDRIAU: note sous: Cass. soc., 25 nov. 1998: Gaz. pal. 1^{er} mai 1999, p. 47- obs. sous: Cass. soc., 7 mai 1998: Gaz. pal. 19-21 déc. 1999, 28.
- 2- A. PIEDELIÉVRE: note sous: Cass. 3^e civ., 3 déc. 1980: Gaz. pal. 1981, 2, p. 481.
- 3- ARDEEF: note sous: Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998: JCP 1998, II, 10207.
- 4- AVENA-ROBARDET: obs. sous: Cass. com., 25 janv. 2005: Bull. IV, n. 13; D. 2005, act. Jurispr. p. 485.
- 5- B. ANCEL et Y. LEQUETTE: comm. sous: Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 1961, GAJFDIP 2006, p. 307- note sous: CE, Ass., 29 juin 1990 et Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1995, GAJFDIP 2006, p. 704.
- 6- B. OPPETIT: note sous: Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1995: Rev. crit. DIP 1996, p. 468.
- 7- DESPAX: note sous: Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 1973: JCP 1975, II, 18115.
- 8- F. WAREMBOURG-AUQUE: note sous: Cass. crim., 12 mars 1984: D. 1985, p. 1.
- 9- G. M.; note sous: Cass. 2^e civ., 21 mars 1958: JCP A 1958, II, 10600.
- 10- HAUSER: obs. sous: Lyon, 6 janv. 1994: RTD civ. 1994, 337.
- 11- H. MUIR WATT: Note sous Cass. 1^{re} civ., 1er juill. 1997, Rev. crit. DIP 1998, p. 292.
- 12- HUET: note sous: Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1999: Rev. crit. DIP 1999, 293.
- 13- J. H.; note sous: Cass. com., 3 juill. 1984: D. 1985. 323.
- 14- J. JUNILLON: note sous: Cass. 3^e civ., 5 mars 2003: JCP G 2003, II.
- 15- J. NORMAND: obs. sous: Cass. 3^e civ., 21 janv. 1987: RTD civ. 1987, p. 390- Cass. com., 16 juin 1981: RTD civ. 1982, p. 460- Cass. com., 5 mars 1980: RTD civ. 1980, p. 601.
- 16- J.-M. MOULIN: note sous: Cass. 3^e civ., 6 févr. 2002: JCP G 2003, II, 10014.
- 17- LAURIN: note sous: CA Paris, 21 juin et 6 juill. 1988: Gaz. pal. 1988, 699.
- 18- LEMOULAMB: note sous: Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1996: D. 1996, 529.
- 19- M. CONTAMINE-RAYNAUD: note sous: Cass. 3^e civ., 16 avr. 1970: D. 1970, p. 474.
- 20- M. DOUCHY-LOUDOT: comm. sous: Cass. 1^{re} civ., 17 juin 2009: n° 07-21.796, JurisData n° 2009-048627, Procédures 2009, comm.. 323.

[د.علي عبد الحميد تركي]

- 21- M. RENARD: note sous: CA Paris, 21 juin 1988: Gaz. pal 1989, 1, jur. 109.
- 22- N. MOLFESSIS: obs. sous: Cass. soc., 4 déc. 1996: RTD civ. 1998, p. 221.
- 23- P. CATALA: note sous: Cass. 1re civ., 2 févr. 1966: JCP 1966, II, 14841.
- 24- P. HÉBRAUD: obs. sous: Cass. soc., 23 mai 1953: RTD civ. 1953, p. 735.
- 25- P. JULIEN: Cass. 2e civ., 16 déc. 1995: D. 1985, inf. Rap. 228.
- 26- P. Y. GAUTIER: note sous: Cass. 1er civ., 4 fevr. 1992: D. 1992, 182, note.
- 27- R. ENCINAS DE MUNAGORI: note sous: Cass. soc., 5 oct. 1993: D. 1994, p. 588.
- 28- R. PERROT: comm.. sous: Cass. 3e civ., 8 déc. 2009: n° 08-11.911, jurisData n° 2009-050835, Procédures 2010, comm.. 30.
- 29- R. SAVATIER: note sous: Cass. 1re civ., 7 juill. 1954: JCP 55, II, 8745.
- 30- RODIÈRE: note sous: Cass. crim., 10 nov. 1959: JCP G 1960, II, 11384.
- 31- RONDEY: obs. sous: Cass. 1re civ., 2 oct. 2001: D. 2001, CDA, AJ, 3194.
- 32- S. BOLLÉE: note sous: Cass. 1re civ., 14 févr. 2006: Rev. crit. DIP 2006, p. 833.
- 33- S. GUINCHARD et MOUSSA: obs. sous: Cass. 1re civ., 9 juill. 1985: JCP 1985, IV, 326, Gaz. pal. 1986, 1, somm. Ann. 86.
- 34- S. GUINCHARD: obs. sous: Cass. 2e civ., 19 janv. 1983: Gaz. Pal. 1983, 1, pan. jurispr. p. 177.
- 35- SPORTOUCH: obs. sous: Cass. soc., 27 janv. 1999: Procédures 1999, n° 124.
- 36- Y. L.: note sous: Cass. 1re civ., 24 féver. 1959: Rev. crit. DIP 1959, 368.

